

# **LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL**

---

MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN



---

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 1996

Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid  
y Boletín Oficial del Estado

NIPO: 007-96-034-4  
ISBN: 84-340-0865-3  
Depósito legal: M-14609/1996  
IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 1996

*A mis padres*

## ÍNDICE

	Páginas
PRÓLOGO .....	15
INTRODUCCIÓN .....	19
<b>CAPÍTULO I: LA FORMA DEL CONTRATO EN GENERAL:</b>	
I. DERECHO ROMANO. EVOLUCIÓN HACIA EL SISTEMA CONTRACTUAL MODERNO.....	23
II. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE FORMA CONTRACTUAL EN EL DERECHO COMPARADO:	
1. <b>Derecho francés</b> .....	28
2. <b>Derecho italiano:</b>	
A) CÓDIGO CIVIL DE 1865 .....	36
B) CÓDIGO CIVIL DE 1942 .....	40
3. <b>Derecho alemán</b> .....	44
III. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE FORMA CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. LOS ARTÍCULOS 1.278 Y SIGUIENTES DEL C.C.:	
1. <b>Antecedentes históricos:</b>	
A) LAS PARTIDAS Y EL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ.....	50
B) PROYECTO DE 1836 .....	53
C) PROYECTO DE 1851 .....	54
D) ANTEPROYECTO DE 1882-1888.....	59
E) LEY DE BASES DE 11 DE MAYO DE 1888.....	62
2. <b>Interpretación de los artículos 1.278 a 1.280 según la jurisprudencia y la doctrina</b> .....	65



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

	Páginas
3. <b>Significado del artículo 1.279 C.c. Su relación con los artículos 1.278 y 1.280</b> .....	76
4. <b>Aplicación del artículo 1.279 C.c. a los negocios unilaterales comprendidos en el artículo 1.280</b> .....	82
5. <b>La forma del contrato de capitulaciones matrimoniales antes y después de la reforma de 1981. Su relación con el artículo 1.279 C.c.</b> .....	87
6. <b>La documentación del contrato ex artículo 1.279 C.c.</b> .....	92

## CAPÍTULO II: EL CONTRATO DE DONACIÓN:

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:	
1. <b>Derecho romano y Derecho intermedio</b> .....	99
2. <b>Derecho histórico español</b> .....	102
3. <b>Proyectos de Código:</b>	
A) PROYECTO DE 1836 .....	104
B) PROYECTO DE 1851 .....	105
C) ANTEPROYECTO DE 1882-1888 .....	106
II. DERECHO COMPARADO:	
1. <b>Derecho francés</b> .....	108
2. <b>Derecho italiano:</b>	
A) CÓDIGO CIVIL DE 1865 .....	112
B) CÓDIGO CIVIL DE 1942 .....	114
3. <b>Derecho alemán</b> .....	115
III. <b>LA FORMA DEL CONTRATO DE DONACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. FUNDAMENTO DE SU CARÁCTER SOLEMNE. EL CONCEPTO DE ACTO DE LIBERALIDAD</b> .....	117
IV. <b>ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 632 Y 633 C.C.:</b>	
1. <b>La figura de la donación indirecta</b> .....	124
2. <b>El concepto legal de donación. La donación como contrato traslativo y como contrato obligatorio</b> .....	131
3. <b>La donación remuneratoria y la donación onerosa y modal</b> .....	139
V. <b>EXAMEN DE LOS REQUISITOS DE FORMA EXIGIDOS EN LOS ARTÍCULOS 632 Y 633 C.C. PARA LA DONACIÓN</b> .....	144
VI. <b>LA EJECUCIÓN DE LA DONACIÓN NULA POR DEFECTO DE FORMA</b> .....	153
VII. <b>DONACIONES DISIMULADAS</b> .....	163

	Páginas
VIII. EXAMEN DE ALGUNOS SUPUESTOS CALIFICADOS COMO DONACIONES INDIRECTAS .....	179
1. <b>Actos de renuncia</b> .....	180
2. <b>Reconocimiento de deuda inexistente</b> .....	185
3. <b>Estipulación en favor de tercero</b> .....	188
4. <b>Puesta de bienes a nombre de otro</b> .....	194
5. <b>«Negotium mixtum cum donatione»</b> .....	198
IX. EL PODER PARA DONAR. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE FORMA A SUPUESTOS NO PREVISTOS EXPRESAMENTE EN LA NORMA .....	204

### CAPÍTULO III: EL CONTRATO DE HIPOTECA:

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....	213
1. <b>Derecho romano y Derecho intermedio</b> .....	213
2. <b>Derecho histórico español. La prenda y la hipoteca en Las Partidas. Evolución del sistema de publicidad hipotecaria hasta la Codificación</b> .....	216
3. <b>La hipoteca en los distintos Proyectos de Código. La ley hipotecaria de 1861:</b>	
A) PROYECTO DE 1836 .....	218
B) PROYECTO DE 1851 .....	219
C) LEY HIPOTECARIA DE 1861 .....	220
D) ANTEPROYECTO DE 1882-1888 Y REDACCIÓN DEFINITIVA DEL C.C. ....	221
II. DERECHO COMPARADO:	
1. <b>Derecho francés</b> .....	222
2. <b>Derecho italiano:</b>	
A) CÓDIGO CIVIL DE 1865 .....	226
B) CÓDIGO CIVIL DE 1942 .....	227
3. <b>Derecho alemán</b> .....	229
III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO «FORMA» DEL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE LA HIPOTECA EN EL DERECHO ESPAÑOL .....	231
IV. LA FORMA DEL CONTRATO DE HIPOTECA: ESTADO DE LA CUESTIÓN. CRÍTICA DE LA OPINIÓN QUE SOSTIENE EL CARÁCTER SOLEMNE DEL CONTRATO DE HIPOTECA .....	234

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

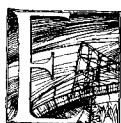
	Páginas
V. PROMESA DE HIPOTECA Y CONTRATO NO FORMAL DE HIPOTECA .....	241
 <b>CAPÍTULO IV: EL CONTRATO DE ENFITEUSIS:</b>	
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:	
1. La enfiteusis en el Derecho romano y en el Derecho común. La enfiteusis eclesiástica .....	249
2. Derecho histórico español .....	252
3. Proyectos de Código Civil:	
A) PROYECTO DE 1836 .....	255
B) PROYECTO DE 1851 .....	256
C) ANTEPROYECTO DE 1882-1888 .....	256
II. DERECHO COMPARADO:	
1. Derecho francés .....	257
2. Derecho italiano:	
A) CÓDIGO CIVIL DE 1865 .....	259
B) CÓDIGO CIVIL DE 1942 .....	260
3. Derecho alemán .....	262
III. LA ENFITEUSIS COMO UNA MODALIDAD DE CENSO. CONSIDERACIONES PREVIAS AL ESTUDIO DE LA FORMA DEL CONTRATO DE ENFITEUSIS.....	264
IV. LA FORMA DEL CONTRATO CONSTITUTIVO DEL CENSO ENFITÉUTICO: ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	270
V. VALOR Y FUNDAMENTO DEL REQUISITO DE LA ESCRITURA PÚBLICA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1.628 C.C.....	275
VI. LA FORMA COMO PRESUPUESTO DE LA EFICACIA REAL DE CIERTOS CONTRATOS: LOS CONTRATOS DE CENSO RESERVATIVO Y CONSIGNATIVO. EL CONTRATO DE SUPERFICIE.	286
 <b>CAPÍTULO V: EL CONTRATO DE SOCIEDAD:</b>	
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS:	
1. Derecho romano.....	293
2. Derecho histórico español .....	295

	Páginas
3. <b>Proyectos de Código:</b>	
A) PROYECTO DE 1836 .....	297
B) PROYECTO DE 1851 .....	298
C) ANTEPROYECTO DE 1882-1888 Y REDACCIÓN DEFINITIVA DEL CÓDIGO CIVIL .....	299
II. DERECHO COMPARADO:	
1. <b>Derecho francés</b> .....	301
A) RÉGIMEN ANTERIOR A LA LEY DE 1978 .....	301
B) DERECHO FRANCÉS TRAS LA LEY DE 1978 .....	303
2. <b>Derecho italiano:</b>	
A) CÓDIGO CIVIL DE 1865 .....	304
B) CÓDIGO CIVIL DE 1942 .....	305
3. <b>Derecho alemán</b> .....	307
III. LA FORMA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL. LA TESIS DEL T.S. Y SU CRÍTICA.....	308
A) LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CIVIL .....	311
B) LA SOCIEDAD IRREGULAR. SUS DIFERENCIAS CON LA SOCIEDAD DE HECHO.....	315
IV. SIGNIFICADO DE LA FORMA EXIGIDA EN EL ARTÍCULO 1.667 C.C. PARA EL CONTRATO DE SOCIEDAD CON APORTA- CIÓN DE INMUEBLES. EL ARTÍCULO 1.668 C.C.....	322
V. LA FORMA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD MERCANTIL COMO CONDICIÓN DE REGULARIDAD DE LA SOCIEDAD. LA DENOMINADA FORMA «AD REGULARITATEM» O FORMA «INTEGRATIVA» .....	330
 <b>CAPÍTULO VI: EL CONTRATO DE PRENDA:</b>	
I. PLANTEAMIENTO .....	335
II. LA FORMA DEL CONTRATO DE PRENDA EN EL DERECHO COMPARADO. SU CONSIDERACIÓN COMO CONTRATO REAL:	
1. <b>Derecho francés</b> .....	336
2. <b>Derecho italiano:</b>	
A) CÓDIGO CIVIL DE 1865 .....	342
B) CÓDIGO CIVIL DE 1942 .....	345
3. <b>Derecho alemán</b> .....	347

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

	Páginas
III. EL CONTRATO DE PRENDA COMO CONTRATO REAL. LA VALIDEZ DEL CONTRATO CONSENSUAL DE PRENDA Y SU RELACIÓN CON SU FORMA DE CELEBRACIÓN.....	349
IV. EL ARTÍCULO 1.865 C.C. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DEL DERECHO DE PRENDA:	
1. Antecedentes históricos del artículo 1.865 en el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888.....	357
2. Interpretación actual del artículo 1.865 C.c.....	360
 <b>CAPÍTULO VII: LA CESIÓN DE CRÉDITOS:</b>	
I. PLANTEAMIENTO .....	373
II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 1.526 C.C.:	
1. Proyecto de 1851 .....	376
2. Anteproyecto de 1882-1888.....	380
III. LA FORMA Y LA EFICACIA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL DERECHO COMPARADO:	
1. Derecho francés .....	382
2. Derecho italiano:	
A) CÓDIGO CIVIL DE 1865 .....	383
B) CÓDIGO CIVIL DE 1942 .....	384
3. Derecho alemán .....	386
IV. LA FORMA Y LA EFICACIA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL DERECHO ESPAÑOL:	
1. La forma requerida para la validez del contrato .....	388
2. El artículo 1.527 C.c. y la eficacia de la cesión frente al deudor.....	390
3. La documentación del contrato como presupuesto de su eficacia frente a terceros: el artículo 1.526.1 C.c.....	392
4. El párrafo segundo del artículo 1.526. Su aplicación a la cesión de créditos hipotecarios.....	396
BIBLIOGRAFÍA .....	401

## PRÓLOGO



*L presente libro es, con algunas modificaciones, la tesis defendida por la doctora Santos en la Universidad Carlos III, de Madrid, el día 3 de marzo de 1995, ante un Tribunal formado por los profesores Díez-Picazo, López López, Morales Moreno, Coca Payeras y Pantaleón Prieto, que la consideraron merecedora de la máxima calificación. No es éste, sin embargo, su primer trabajo de investigación. Cuando terminó los estudios de licenciatura en la Universidad de Málaga y me comunicó su deseo de dedicarse al estudio e investigación del Derecho Civil, le manifesté la conveniencia de realizar un pequeño trabajo de investigación antes de comenzar la tesis doctoral. Fruto de este trabajo fue una tesina, «El régimen jurídico de la condonación de la deuda: Presupuestos y efectos», que me convenció de que la doctora Santos llevaría a cabo su deseo con acierto. Si esta obra aún no se ha publicado se debe a la voluntad de la autora de perfeccionarla.*

*Con la misma ilusión y tenacidad con que llevó a cabo este primer trabajo, afrontó el tema que es objeto de la monografía que el lector tiene ante sus manos. Se trata de un tema que, a pesar de su importancia y a pesar del tiempo transcurrido desde la publicación del Código Civil, no ha sido abordado hasta ahora en nuestra doctrina monográfica-mente, y ello resulta particularmente extraño teniendo en cuenta la perplejidad que produ-*

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

*ce la lectura de los artículos que se refieren a la forma de los contratos y los problemas que se plantean en esta materia.*

*La doctora Santos no se ha limitado a examinar los artículos 1.278 a 1.280 del Código, artículos que se encuentran entre los preceptos que forman parte del régimen general de los contratos, sino que aborda también, como es lógico, otros artículos que se refieren a la forma de algunos contratos en particular, y ello con el ánimo de llevar a cabo un estudio en la medida de lo posible exhaustivo del tema y con la convicción de que sólo analizando también los preceptos de la regulación especial era posible comprender en sus justos términos aquellas reglas generales.*

*En la elaboración del trabajo la autora ha utilizado un importante material, no sólo la legislación, doctrina y jurisprudencia españolas, sino también la francesa, italiana y alemana, que es utilizada no por simple erudición, sino con el deseo de comprender mejor nuestro Derecho vigente. De los Derechos extranjeros se hace en cada capítulo un examen inicial separado con la finalidad de que el lector sepa las grandes líneas que inspiran los distintos Ordenamientos y pueda así conocer el contexto en que se mueven las distintas opiniones de los autores extranjeros cuando se citan en relación a los problemas concretos que se plantean al estudiar el Derecho español. En este punto también debe destacarse el examen que lleva a cabo la doctora Santos de los antecedentes históricos, que resultan sumamente útiles para entender la regulación del Código en materia de forma en algunas cuestiones.*

*El libro se divide en siete capítulos; el primero se refiere a los principios rectores en materia de forma contractual, los restantes a preceptos que establecen una determinada forma en relación a ciertos contratos.*

*En el primer capítulo trata fundamentalmente la doctora Santos de determinar el alcance de los artículos 1.278 a 1.280 del Código y sobre todo de encontrar una explicación convincente del texto del artículo 1.279. El precepto, que establece la regla general del alcance de la exigencia por la ley de una determinada forma para un contrato, sólo puede ser entendido teniendo en cuenta sus antecedentes y el sistema de prueba de las obligaciones. Según esto, ni cabe hablar con base en el artículo 1.279 de forma ad probationem ni tiene sentido, aunque otra cosa pudiera pensarse a la vista del texto del artículo citado y de la rúbrica del capítulo en que se encuentran los preceptos sobre la forma, entender que ésta constituye un requisito imprescindible para que los contratantes puedan exigir judicialmente el cumplimiento del contrato. La redacción del precepto podría explicarse, es una hipótesis que plantea la doctora Santos, como un intento de llegar a una solución de compromiso entre los partidarios del sistema acogido en el Proyecto de 1851, de inspiración francesa, y los partidarios del sistema consagrado en nuestra tradición jurídica, que es el que definitivamente se acoge en el Código. En fin, entiende la doctora Santos que el artículo 1.279 es aplicable a todos aquellos casos en que la forma no es exigida por la ley como requisito de validez del contrato, pero es indispensable para que se produzcan ciertos efectos, de modo que pueda ser útil para alguna de las partes. Por tanto se impone como interpretación más razonable del precepto la que ha llevado a cabo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo con el apoyo de nuestra mejor doctrina. En el capítulo primero aborda también el examen de algunos de los negocios relacionados en el artículo 1.280, con especial consideración de las capitulaciones matrimoniales, así como de algunos problemas que se puedan plantear cuando después de celebrado el contrato se otorga la correspondiente escritura pública.*

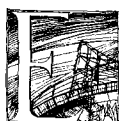
*En los capítulos siguientes la doctora Santos estudia una serie de artículos del Código Civil que prescriben una determinada forma para ciertos contratos. Trata así la autora de determinar el verdadero alcance del principio de libertad de forma y de comprobar si el artículo 1.279 resulta aplicable a otros supuestos distintos de los contemplados en el artículo 1.280. Tiene un interés especial el largo capítulo que se refiere a la donación, uno de los casos en que la validez del contrato se hace depender del cumplimiento de la forma exigida. Tras un examen de los antecedentes históricos y del Derecho comparado se hace una exégesis de los artículos 632 y 633 del Código, analizando los requisitos de forma exigidos en estos artículos y el fundamento del carácter solemne del contrato de donación, y tratando de determinar el ámbito de aplicación de los citados preceptos. Se plantea la autora también la posibilidad de una convalidación de la donación nula por defecto de forma, de una renuncia a la acción de nulidad o la posibilidad de enervar dicha acción cuando su ejercicio contradice el sentido anterior de los propios actos y, concretamente, cuando el negocio ha sido cumplido voluntariamente. Aborda también con profundidad el libro el tema de las donaciones disimuladas y en particular el caso de las donaciones de inmuebles disimuladas tras una compraventa hecha en escritura pública, tema en el que resulta imprescindible enfrentarse a la cuestión del fundamento de la exigencia de forma en la donación y en el que la doctora Santos lleva a cabo un examen minucioso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero seguramente uno de los temas más difíciles se refiere a la posibilidad de aplicar las reglas de forma de la donación a una serie de negocios que la doctrina francesa e italiana suele incluir entre las donaciones indirectas, utilizando esta expresión en un sentido muy amplio, así entre otros alude a la compraventa amistosa, contrato oneroso con espitulación en favor de tercero que tiene causa gratuita, distintos tipos de renunciaciones a derechos, etc. Acaba el capítulo planteándose el problema de la aplicación analógica de las normas que establecen la necesidad de una forma, tema de gran importancia si se pretende construir un régimen racional y armónico de la forma de los contratos. En este punto concreto y a lo largo de toda la obra se pone de manifiesto la necesidad de huir de la idea simplista de considerar cualquier disposición que prescribe una determinada forma una norma excepcional que debe ser interpretada restrictivamente. Resulta imprescindible buscar en cada caso la justificación de la exigencia de forma para determinar el alcance de la norma que la establece.*

*En los siguientes capítulos del libro se refiere la autora a los demás contratos para los que el Código dispone una determinada forma, así el de hipoteca, el de enfiteusis, el de sociedad, el de prenda y la cesión de créditos. La doctora Santos analiza con igual profundidad las disposiciones correspondientes, llegando a la conclusión de que en ninguno de ellos, tampoco en el de enfiteusis, la falta de forma implica la invalidez del mismo, sino que impide la producción de determinados efectos. En unos casos se trata de condicionar la eficacia del contrato frente a terceros, y en otros la forma condiciona la eficacia real del mismo. No voy a entrar en el contenido de estos capítulos para no alargar este prólogo. Creo que basta con las cuestiones ya mencionadas para poner de manifiesto la importancia y la dificultad de los temas tratados en esta monografía. La autora los ha analizado con rigor, sin limitarse a exponer el estado de la cuestión, sino tomando postura sobre los mismos, y ha llevado a cabo un excelente trabajo.*

JORGE CAFFARENA  
Catedrático de Derecho Civil



## INTRODUCCIÓN



*L objeto de este trabajo es el examen de la forma de los contratos en el Código civil español. El hecho de que, a diferencia de lo que sucede en otros países, no exista en nuestro ordenamiento ningún estudio general sobre la forma del contrato ha motivado la elección de este tema. Hay que reconocer, no obstante, que la elaboración de una construcción general que englobara todos los principios que en el Derecho español rigen esta materia habría requerido estudiar todas y cada una de las normas que imponen alguna exigencia de forma, incluidas las comprendidas en las leyes especiales. Sin embargo, dado que una ampliación excesiva del tema habría impedido analizarlo con profundidad, ha sido necesario circunscribir el objeto de este trabajo al estudio de los preceptos que en el Código civil se dedican a regular la forma de los contratos. Nos parece, además, que sólo después de haber examinado los principios que se contienen en dicho Código cabría afrontar con éxito el análisis de las disposiciones contenidas en las leyes especiales.*

*El objeto central de esta investigación lo constituye la interpretación de los artículos 1.278 a 1.280 C.c. Es sabido que, si bien el artículo 1.278 consagra el principio de libertad de forma, el artículo 1.280 enumera tal cantidad de contratos que deben constar en escritura pública o en documento privado que la regla general parece convertirse en la*

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

*excepción. La opinión mayoritaria estima que esta antinomia la resuelve el artículo 1.279. Conforme a la interpretación dominante se entiende que los contratos comprendidos en el artículo 1.280 son válidos y eficaces cualquiera que sea su forma de celebración pero las partes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de la escritura pública o del documento privado según los casos. Esta interpretación no parece conforme, sin embargo, con el tenor literal del artículo 1.279. Según éste cabría pensar que la forma condiciona la eficacia del contrato. De hecho, así lo entendió el Tribunal Supremo en un primer momento, estimando que, si los contratos enumerados en el artículo 1.280 no constaban en la forma en él requerida, las partes no podían exigir judicialmente su cumplimiento sin antes solicitar su documentación.*

*Nuestra intención era, originalmente, encontrar una explicación a estos preceptos y, fundamentalmente, al artículo 1.279 C.c. Ahora bien, es claro que el alcance real del principio de libertad de forma sólo puede determinarse teniendo en cuenta las excepciones al mismo y de ello existen algunos ejemplos en nuestro Código Civil: en él se exige que consten en una determinada forma los contratos de capitulaciones matrimoniales, donación, hipoteca, enfiteusis, sociedad civil (con aportación de inmuebles) y prenda. También se imponen ciertos requisitos formales para la cesión de créditos. Por este motivo y por el que se indicará a continuación nos pareció indispensable examinar, antes de extraer conclusiones definitivas sobre el significado de los artículos 1.278 y siguientes del C.c., algunos de estos contratos. Respecto de los contratos de hipoteca, enfiteusis, sociedad civil, prenda y respecto de la cesión de créditos se plantean dudas acerca de cual es el carácter de la exigencia de forma y la sanción correspondiente a su inobservancia. Dado que pretendíamos encontrar una explicación razonable al artículo 1.279 C.c. consideramos útil determinar en cada caso el fundamento y alcance de los preceptos respectivos con objeto de comprobar si el citado artículo puede aplicarse a contratos distintos de los comprendidos en el artículo 1.280. Al contrato de donación se le ha dedicado especial atención, aunque no puede ponerse en conexión con el artículo 1.279, por ser el negocio gratuito más típico y el paradigma de negocio solemne.*

*Al elaborar este trabajo, tras un somero análisis de los artículos 1.278 a 1.280 C.c. que nos permitió constatar las distintas interpretaciones de que han sido objeto, procedimos, conforme se ha indicado, al examen particularizado de los contratos mencionados con el fin de contrastar las conclusiones obtenidas con las resultantes de la interpretación mayoritaria de aquellos preceptos. Las conclusiones a que llegamos en la interpretación de los artículos 1.278 a 1.280 C.c. son, en buena medida, producto de las obtenidas al examinar los indicados contratos. De hecho, en la redacción original de esta obra –que fue presentada como tesis doctoral– el que ahora aparece como primer capítulo se encontraba ubicado en último lugar con el fin de respetar el método empleado. Ahora se ha considerado preferible, con objeto de favorecer la comprensión de esta obra, invertir el orden de exposición. Por esta razón el primer capítulo es el dedicado a la forma del contrato en general y los sucesivos a los distintos contratos estudiados.*

*Conviene señalar en esta introducción que a lo largo de esta obra se insiste en la necesidad de buscar el fundamento y la finalidad de las normas que imponen una concreta*

*forma. Hay que tener en cuenta que, desde la época de la Codificación en la que el triunfo del consensualismo y la regla de libertad de forma va ligada a la exaltación del individuo y al dogma de la autonomía de la voluntad, se ha tendido a concebir la imposición de prescripciones formales como un límite a la autonomía privada. En los últimos tiempos se habla, sin embargo, de un cierto «renacimiento del formalismo». Si bien es cierto que en algunos ámbitos de la contratación —v. gr. legislación dirigida a la protección de consumidores— se tiende, cada vez más, a exigir que los contratos se ajusten a ciertas exigencias formales, se trata de una opción de política legislativa que persigue la obtención de concretas finalidades. La clásica concepción de la forma como un límite impuesto a la autonomía privada no tiene en cuenta que toda exigencia de forma está destinada a cumplir una función: la forma no es sólo un límite a la autonomía de la voluntad, sino también un instrumento de tutela de intereses generales o particulares. Para llegar a una adecuada interpretación de las reglas de forma hemos considerado necesario atender a la finalidad de las mismas. Se ha intentando de este modo huir de ideas preconcebidas y evitar, tanto la tendencia que establece siempre como consecuencia de la falta de forma la nulidad del contrato —aunque no venga expresamente establecida—, como la que estima que las prescripciones de forma tienen carácter estrictamente taxativo y excepcional debiendo ser objeto de interpretación restrictiva y resultando imposible su interpretación extensiva o su aplicación analógica.*

*En segundo lugar es necesario señalar aquí que el concepto de forma del contrato hace referencia al modo o manera de emisión de la declaración de voluntad, que puede ser libremente escogido por las partes o venir impuesto por la ley, en cuyo caso, la forma puede ser requerida como elemento esencial del contrato o a otros efectos, por ejemplo, para su oponibilidad frente a terceros. En el primer supuesto estamos ante un contrato solemne de manera que si las partes no manifiestan su voluntad en la forma requerida en la ley el contrato es nulo. En el segundo, el contrato es válido aunque se celebre en otra forma, pudiendo las partes otorgarla con posterioridad a la perfección de aquél. En este caso, en el que la forma se convierte en un «posterius» al negocio, más que de forma habría que hablar de documentación. Por otra parte, en ocasiones se imponen ciertos requisitos de publicidad, tales como la inscripción del contrato en los Registros establecidos al efecto, que han de englobarse en la categoría de formalidades, no pudiendo identificarse con la forma del negocio.*

*Hay que hacer notar también que, como podrá comprobarse en el desarrollo de esta obra, la tradicional clasificación de la forma en forma «ad solemnitatem» y «ad probationem» en atención a la función —constitutiva o probatoria— que desempeña en el contexto negocial se revela como insuficiente. No tiene en cuenta que la exigencia de una concreta forma puede obedecer a las más variadas finalidades y que su inobservancia puede ocasionar diversas consecuencias. Conviene resaltar además que la expresión forma «ad probationem» se emplea frecuentemente en nuestro Derecho en sentido impropio ya que se suele calificar como tal toda exigencia de forma que no tenga carácter constitutivo. En el Derecho francés e italiano la forma documental juega un importante papel como medio de prueba privilegiado excluyendo al mismo tiempo otros medios de prueba: todos los contra-*

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

*tos que excedan de un determinado valor deben constar por escrito no pudiendo ser probados por testigos ni por presunciones. En el Derecho español, en cambio, cabe recurrir a cualquier medio de prueba para demostrar la existencia del contrato. De ahí que sólo pueda hablarse de forma «ad probationem» en el sentido de forma que tiene como fin facilitar la prueba del convenio.*

*Como podrá comprobarse a lo largo de este trabajo, además de la indicada existen otras diferencias respecto del tratamiento de la forma del contrato en otros ordenamientos. Muestra de ello es que el Derecho alemán que, a primera vista, puede parecer más formalista –siempre que se requiere una determinada forma ésta tiene, por imposición legal, el carácter de forma «ad solemnitatem»– cuenta con mecanismos dirigidos a suavizar las consecuencias prácticas que ello podría ocasionar. Por ejemplo, se limita la posibilidad de invocar la nulidad del negocio cuando el ejercicio de dicha acción puede resultar contrario al principio de buena fe en sus distintas manifestaciones.*



## CAPÍTULO I

### LA FORMA DEL CONTRATO EN GENERAL

#### I. DERECHO ROMANO. EVOLUCIÓN HACIA EL SISTEMA CONTRACTUAL MODERNO



S de todos sabido que en el Derecho romano no existió una noción general de contrato sino singulares figuras de obligaciones «ex contractu»<sup>1</sup>. No todo acuerdo de voluntades era apto para generar obligaciones sino sólo aquellos especialmente tipificados y dotados de una acción civil específica. Para estos últimos se reservó el término «contractus» denominándose «pactum» al mero acuerdo de voluntades que no generaba acción aunque podía resultar protegido por el pretor por vía de excepción<sup>2</sup>. En el Derecho romano clásico, según la conocida clasificación de GAYO, las obligaciones contractuales nacían «re», «verbis», «litteris»

---

<sup>1</sup> BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano*, ristampa inalterata della 4.<sup>a</sup> ed. ampliata ed aggiornata, Milano, 1972, p. 451.

<sup>2</sup> MIQUEL, *Curso de Derecho romano*, Barcelona, 1987, p. 364; ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, *Derecho romano*, t. II, 18.<sup>a</sup> ed., 3.<sup>a</sup> reimp., Madrid, 1991, p. 601.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

y «consensu», lo que suele traducirse en la cuatripartición de los contratos en reales, verbales, literales y consensuales. Salvo en la hipótesis de los contratos consensuales la mera convención no bastaba para la existencia del contrato, hacía falta la concurrencia de otro requisito –que se suele denominar «causa civilis»– y que consistía en la observancia de una determinada forma –verbal o escrita– en los contratos verbales y literales y en la entrega de una cosa en los contratos reales<sup>3</sup>.

Los contratos verbales eran negocios formales en los que la manifestación de la voluntad debía hacerse mediante la pronunciación de palabras expresamente fijadas. El contrato verbal por excelencia era la estipulación, contrato unilateral de carácter abstracto que debía ser concluido en presencia de ambas partes, con unidad de acto y cuya forma consistía en la realización de una pregunta oral dirigida por un sujeto a otro (acerca de si prometía la prestación objeto del contrato) y la correspondiente respuesta afirmativa de éste que debía ser congruente con la interrogación y emplear el mismo verbo usado en aquélla. El objeto de la estipulación podía ser de cualquier naturaleza: podía consistir en la entrega de una suma de dinero, una cosa determinada o determinable, una prestación de hacer o de no hacer<sup>4</sup>.

En los contratos literales la obligación nacía de la redacción por escrito del acuerdo entre las partes. En la época clásica el único contrato literal era la «expensilatio» o «nomen transscripticium», contrato de carácter abstracto que se llevaba a cabo mediante la anotación en el libro de contabilidad que solía llevar todo «pater familias» de un pago ficticio realizado por éste a otro sujeto. Mediante dicha anotación, que se hacía con el consentimiento expreso o tácito del sujeto que resultaba deudor, este último quedaba obligado a restituir la suma consignada en la inscripción<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, ob. cit., p. 601; GIFFARD y VILLERS, *Droit romain et ancien Droit français (obligations)*, 4.ª ed., París, 1976, p. 26.

<sup>4</sup> Primitivamente la «stipulatio» sólo podía tener por objeto una suma de dinero y debía emplearse en la pregunta y en la respuesta necesariamente el verbo «spondeo» (así: «spondes?, spondeo») forma ésta que sólo era accesible a los ciudadanos romanos. Posteriormente se amplió su ámbito: podía tener como objeto todo tipo de prestaciones y podía ser utilizada también en las relaciones entre peregrinos y romanos en cuyo caso se empleaban otros verbos distintos al indicado (así: «fidepromitis?, fidepromito»; «dabis?, dabo»; «faces?, faciam», etc.). Vid. KASER, *Derecho romano privado*, versión directa de la 5.ª ed. alemana por Santa Cruz Tejeiro, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 45; ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, ob. cit., pp. 613 y ss.; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, pp. 468 y ss.

Además de la «stipulatio» se incluyen entre los contratos verbales la «dotis dictio» (contrato por el que la mujer, su padre, abuelo paterno o un deudor de aquélla por mandato de la misma se obligaban frente al marido a constituir la dote mediante palabras solemnes) y la «promissio iurata liberti» (juramento mediante el cual el esclavo manumitido se obligaba a prestar ciertos servicios al patrono que lo había liberado). Vid. ARANGIO RUIZ, *Instituciones de Derecho romano*, trad. argentina, Buenos Aires, 1986, p. 358; VOLTERRA, ob. cit., pp. 467, 468; GIFFARD y VILLERS, ob. cit., p. 42.

<sup>5</sup> La «transscriptio» admitía dos modalidades «a re in personam» y «a persona in personam». La primera servía para transformar una relación obligatoria precedente en una «obligatio litteris». La segunda servía para efectuar una delegación o cesión de créditos o deudas (por ej. si A era acreedor de B y éste a su

Por lo que respecta a los contratos reales, aunque GAYO sólo incluía en esta figura el mutuo, en el Derecho justinianeo se consideraban también contratos reales el depósito, comodato y prenda<sup>6</sup>. La eficacia vinculante del consentimiento expresado en cualquier forma sólo se reconoció, excepcionalmente, respecto de cuatro contratos rígidamente tipificados: compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato, contratos éstos dirigidos a obtener una función económica que fue considerada digna de tutela y cuya fuerza obligatoria residía, precisamente, en el hecho de que estaban expresamente reconocidos por la ley<sup>7</sup>.

Los contratos a los que nos hemos referido se califican como contratos *nominados*. En el Derecho justinianeo aparece la figura de los denominados contratos *innominados* que abarcaba todos aquellos supuestos en que, existiendo un acuerdo, una de las partes ejecutaba la prestación que corría a su cargo generando con ello, para el otro contratante, la obligación de llevar a cabo la prestación convenida. El vínculo obligatorio nacía aquí como consecuencia de la ejecución por una de las partes de la prestación acordada. Los contratos innominados, que no estaban limitados a un número de figuras concretas, se agruparon en cuatro casos: «do ut des», «do ut facias», «facio ut des» y «facio ut facias»<sup>8</sup>.

El sistema contractual romano se encontraba pues dominado por la tipicidad. Al mismo tiempo tenía un carácter marcadamente formal. Debido a la rígida tipificación de las obligaciones contractuales la forma verbal de la estipulación fue usada para dotar de eficacia vinculante a toda suerte de convenciones, no subsumibles en ninguno de los tipos reconocidos por el «*ius civile*», ya que, como se ha dicho, el mero consentimiento no tenía fuerza obligatoria<sup>9</sup>. Se dice por ello que la «*stipulatio*» constituía el eje del sistema contractual romano<sup>10</sup>.

Fuera de las hipótesis de los contratos literales en que la forma escrita era necesaria para la existencia del «*contractus*» la documentación de los negocios jurídicos no fue práctica habitual en Roma. No obstante, en el período postclásico, por influencia de las provincias helenísticas<sup>11</sup>, se extendió la costumbre de acompañar la «*stipulatio*»

---

vez de C, B podía delegar su deuda a C anotando en el libro que había recibido una suma de A y dicha suma la había entregado a C. En virtud de la inscripción ficticia C quedaba obligado frente a A) Vid. VOLTERRA, ob. cit., pp. 481, 482; ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, ob. cit., pp. 620, 621; GIFFARD y VILLERS, ob. cit., pp. 43 y ss.; ARANGIO RUIZ, ob. cit., pp. 365, 366.

<sup>6</sup> ARANGIO RUIZ, ob. cit., pp. 337, 338; VOLTERRA, ob. cit., p. 484.

<sup>7</sup> Dice VOLTERRA, ob. cit., p. 466, que en los contratos consensuales la «obligatio» nace del acuerdo de las partes basado en una determinada *causa*, causa que, según BIONDI, ob. cit., p. 454, ha de ser entendida como «relación típicamente reconocida por la ley».

<sup>8</sup> ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, ob. cit., pp. 633 y ss.; VOLTERRA, ob. cit., pp. 531 y ss.; GROSSO, voz «Contratto» (Dir. rom.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. IX, p. 757.

<sup>9</sup> ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, ob. cit., p. 618; IGLESIAS, *Derecho romano, Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1983, p. 468; MIQUEL, ob. cit., pp. 365, 366.

<sup>10</sup> ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 361.

<sup>11</sup> En los territorios helenísticos se utilizaban dos tipos de documentos (a los que ya aludía GAYO), los «*chirographa*» que tenían carácter probatorio de la convención y se redactaban en un único documento

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

con la redacción de un escrito donde se hacía constar su celebración. Inicialmente este documento no tenía más que carácter probatorio<sup>12</sup> pero poco a poco fue adquiriendo valor sustancial ya que la redacción del documento en que se declaraba haberse llevado a cabo el acto oral de la estipulación (lo que no siempre se correspondía con la realidad) equivalía a la realización de la misma. Así en una Constitución del Emperador León del año 472 se admitió la validez de la «stipulatio» cualquiera que fuesen las palabras en que se hubiese expresado la voluntad y en una Constitución de Justiniano del año 531 se dispuso que la declaración documental en la que se expresare haber tenido lugar una estipulación hacía plena fe de su realización no admitiéndose otra prueba en contrario que la demostración de que en la fecha de celebración del contrato alguno de los contratantes había estado ausente del lugar en que se decía celebrado<sup>13</sup>.

El Derecho germánico desconoció, igualmente, la eficacia jurídica del mero acuerdo de voluntades. Al formalismo se unía el simbolismo. La declaración de voluntad de obligarse debía ir acompañada de la entrega de un objeto simbólico, la *festuca* (vara o bastón) o el *wadium* (parece que era un objeto de poco valor) que tenía como fin constatar la voluntad del sujeto de asumir la obligación. Sobrevivió, no obstante, en algún aspecto, el formalismo romano. La redacción del contrato en un documento, en el que se usaba la fórmula de la «stipulatio», tenía la misma fuerza vinculante que la entrega de la *festuca*<sup>14</sup>. Fuera de estos casos sólo se reconocía eficacia obligatoria a aquellos contratos en que se había realizado parcialmente una de las prestaciones. Así, parece que en la compraventa era la entrega de arras lo que determinaba la vinculación<sup>15</sup>.

Durante la Baja Edad Media subsiste el uso de la *festuca*. Se utiliza también como símbolo de la vinculación el apretón de manos o la palmada con la mano derecha («paumée»), empleándose frecuentemente, como medio de garantizar la fidelidad a la palabra dada, el juramento<sup>16</sup>. A partir del siglo XII el Derecho canónico y el Derecho romano, que va a ser reelaborado por los glosadores y postglosadores y cuya recepción en Europa culmina en el siglo XV, van a modificar la concepción del contrato. Los

---

que quedaba en poder del acreedor y los «syngrapha», redactados por duplicado y que tenían carácter dispositivo: el propio documento constituía la causa de la obligación. Vid. IGLESIAS, ob. cit., pp. 464, 465; ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 367.

<sup>12</sup> KASER, ob. cit., pp. 46, 47; ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, ob. cit., p. 616.

<sup>13</sup> ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, ob. cit., p. 416; KASER, ob. cit., p. 45; VOLTERRA, ob. cit., p. 475.

<sup>14</sup> Se desnaturaliza la estipulación romana en tanto que el documento constituye la obligación no admitiéndose que pueda probarse, contra lo constatado en el mismo, que no tuvo lugar el acto oral de la «stipulatio». OURLIAC y MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. I, *Les obligations*, París, 1969, p. 66.

<sup>15</sup> Vid. OURLIAC y MALAFOSSE, ob. cit., pp. 69 y ss.; GAZZANIGA, *Introduction historique au Droit des obligations*, París, 1992, pp. 151 y ss.; GIFFARD y VILLERS, ob. cit., pp. 147 y ss.; ASTUTI, voz «Contratto» (Dir. interm.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. IX, pp. 766, 767.

<sup>16</sup> GAZZANIGA, ob. cit., pp. 155, 156; OURLIAC y MALAFOSSE, ob. cit., p. 81.



esquemas romanistas aportados por los glosadores y posglosadores van a ser atemperados por la doctrina de la Iglesia y las necesidades del tráfico comercial desarrollado a partir del siglo XII. Mientras que aquéllos retoman la teoría romana que distingue entre «*pactum vestitum*» (el «*vestimentum*» venía dado por el carácter nominado o innominado del contrato) y «*pactum nudo*» (carente éste de fuerza obligatoria), la doctrina canonista propugna el respeto a la palabra dada —mentir es un pecado—, condena el formalismo, afirma que el juramento no es necesario para que una promesa sea válida<sup>17</sup> y, en definitiva, admite que el simple acuerdo obliga. El tráfico comercial estaba, asimismo, dominado por la simplificación de las formalidades y el respeto a la buena fe<sup>18</sup>.

A partir del siglo XVI, y mientras los romanistas permanecen fieles a la concepción romana del contrato, el humanismo empieza a defender la libertad individual. A diferencia de lo que sucedía en la Edad Media, en que el respeto a la voluntad —propugnado por la doctrina canónica y derivado de las necesidades del tráfico— no aparece como un fin en sí mismo sino que encuentra su justificación en la moral, el bien común y la seguridad requerida para el comercio jurídico<sup>19</sup>, la exaltación del individualismo lleva a reconocer a la voluntad individual el poder jurídico de realizar lo que quiere. Con Grotius, al que se considera «padre del Derecho natural racionalista» nace una nueva teoría del Derecho en la que la voluntad aparece como soberana. Para Grotius, el respeto a la palabra dada es una regla de Derecho natural. La escuela del Derecho natural desarrollada a partir de las teorías de Grotius y Pufendorf hace del consensualismo el fundamento mismo de la teoría del contrato. Sus enseñanzas serán recogidas por la doctrina francesa de los siglos XVII y XVIII que adapta el Derecho romano a los principios derivados de la «razón natural» entre los cuales se considera uno de los más evidentes el que toda convención tenga el efecto de obligar. Se afirma así que nadie puede estar obligado sin haberlo querido y que toda vinculación libremente querida es justa («*qui dit contractuel dit juste*»). El Código civil francés de 1804, inspirado en la doctrina de Domat y Pothier<sup>20</sup> y en los principios revolucionarios que proclama-

<sup>17</sup> Aunque se utiliza el juramento para atribuir la competencia en materia contractual a los Tribunales eclesiásticos.

<sup>18</sup> OURLIAC y MALAFOSSE, ob. cit., pp. 86, 87, 91; GAZZANIGA, ob. cit., pp. 161, 162; ASTUTI, ob. cit., pp. 770 y ss.

<sup>19</sup> OURLIAC y MALAFOSSE, ob. cit., p. 111.

<sup>20</sup> DOMAT y POTHIER, partiendo de la eficacia obligatoria del mero consentimiento, amplían la noción tradicional de contrato afirmando que la materia sobre la que versa el contrato es «infinita». El consentimiento de dos o más personas puede dirigirse a constituir una obligación o a extinguir o modificar una precedente. Observan, no obstante, que la importancia del consentimiento tiene sus límites. Es necesario que las convenciones no sean contrarias a la ley y a las buenas maneras y que el consentimiento carezca de vicios. Estos autores desarrollan la teoría de la causa distinguiendo según que se trate de contratos gratuitos y onerosos. Por otra parte, afirman que los contratos sólo producen efecto entre las partes contratantes y «en relación a las cosas que han sido objeto de la convención». Vid. GAZZANIGA, ob. cit., pp. 172 y ss.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

ban la libertad individual, consagra finalmente la idea de que todo convenio es obligatorio para aquellos que lo han concertado<sup>21</sup>.

## II. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE FORMA CONTRACTUAL EN EL DERECHO COMPARADO

### 1. Derecho francés

La doctrina francesa actual suele clasificar los contratos, atendiendo a su modo de formación, en consensuales, solemnes y reales. Es de notar que el término «consensual» se utiliza en el Derecho francés como opuesto a «solemne»<sup>22</sup>: se define el negocio consensual como aquel que tiene forma libre mientras que el solemne tiene una forma predeterminada por la ley para su validez<sup>23</sup>. Se habla así del principio del consensualismo («principe du consensualisme») para aludir al principio de libertad de forma<sup>24</sup>. Aunque en el Código francés no existe ningún precepto que sancione expresamente el denominado principio del consensualismo, la vigencia del mismo se considera una consecuencia lógica del dogma de la autonomía de la voluntad, indicándose que los redactores del Código civil no tuvieron necesidad de afirmarlo expresamente<sup>25</sup>. Los contratos son pues, en principio, válidos cualquiera que sea su forma de celebración. Partiendo de esta regla, cuando existen dudas acerca del carácter con que una concreta

---

<sup>21</sup> OURLIAC y MALAFOSSE, ob. cit., pp. 112 y ss.; GAZZANIGA, ob. cit., pp. 171 y ss.; ASTUTI, ob. cit., pp. 779 y ss.

<sup>22</sup> Mientras que en el Derecho español se suele utilizar dicha expresión para aludir, preferentemente, a los contratos que, en contraposición a los contratos reales, se perfeccionan sin necesidad de entrega de la cosa, en el Derecho francés se llega a decir, identificando el término consensual con «libre de forma», que «en cuanto a los contratos reales, éstos son también contratos consensuales, pues no están sometidos a formalidad alguna» (COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, trad. española anotada por De Buen, 4.ª ed. rev. por Batlle, Madrid, 1960, p. 581). Frente a esta última afirmación, otros autores equiparan los contratos reales a los contratos solemnes indicando que la forma puede consistir «en una solemnidad o en una cosa» (más exactamente, en la entrega de una cosa), así, CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les obligations*, 11.ª ed., París, 1982, p. 161.

<sup>23</sup> Por todos, GERRIERO, *L'acte juridique solennel*, París, 1975, pp. 32, 33.

<sup>24</sup> GHESTIN, *Traité de Droit civil, Les obligations, le contrat: formation*, 2.ª ed., París, 1988, pp. 282 y ss.; LARROUMET, *Droit civil, Les obligations*, 1.ª parte, t. III, París, 1986, p. 441.

<sup>25</sup> Se dice además que la regla de libertad de forma se desprende del artículo 1.138 según el cual la transferencia de la propiedad resulta «del solo consentimiento de las partes contratantes» y del artículo 1.108 que no enumera la forma entre las condiciones necesarias para la validez del contrato lo que implica que la necesidad de que la voluntad se exprese en una determinada forma tiene carácter excepcional debiendo imponerla expresamente el legislador. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. 1.º, 7.ª ed., por CHABAS, París, 1985, p. 58; GHESTIN, ob. cit., pp. 283, 284; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, vol. 1.º, 2.ª ed., París, 1988, pp. 29, 30; BOYER, voz «Contrats et conventions», *Encyclopédie Dalloz*, t. III, p. 5.

forma viene establecida –por no contener la norma que la impone la sanción correspondiente a su inobservancia– se tiende a interpretar que la misma no es requisito constitutivo del contrato sino que es requerida únicamente con carácter «ad probationem»<sup>26</sup>. Así lo ha entendido la jurisprudencia en relación a los contratos de transacción y seguro (también en relación al arrendamiento que no ha recibido ejecución, aunque en este caso ello se deduce claramente del art. 1.715)<sup>27</sup> estimándose que constituyen una excepción a la regla del artículo 1.341 C.c.; que seguidamente examinaremos, siendo necesaria la prueba escrita de los mismos con independencia de su valor<sup>28</sup>. De los contratos regulados en el Código civil sólo se han considerado tradicionalmente como solemnes el contrato de donación (art. 931 C.c.), los contratos relativos al régimen económico matrimonial (art. 1.394) y el contrato constitutivo de hipoteca (art. 2.127), que deben celebrarse en escritura pública<sup>29</sup>. Los autores más modernos añaden a éstos la subrogación convencional acordada por el deudor (art. 1.250.2 C.c.)<sup>30</sup> aunque para algunos la forma pública no tiene aquí carácter «ad solemnitatem» siendo simplemente presupuesto de la oponibilidad del pacto de subrogación frente a terceros pues de no exigirse dicha forma podrían verse afectados por una modificación fraudulenta de la fecha del contrato<sup>31</sup>. Hay que advertir, en cualquier caso, que con posterioridad al Código la legislación especial ha impuesto para ciertos contratos la necesidad de forma escrita, privada o pública<sup>32</sup>, por lo que se habla de un cierto «renacimiento del formalismo»<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> CARBONNIER, ob. cit., p. 162; LARROUMET, ob. cit., p. 455.

<sup>27</sup> Este precepto –tras disponer el artículo 1.714 que el contrato de arrendamiento puede hacerse por escrito o verbalmente– dice que si el arrendamiento celebrado sin escrito no ha recibido todavía ejecución y una de las partes lo niega, no es admisible la prueba de testigos aunque el precio sea módico y se alegue que ha existido entrega de arras. Añade que el juramento sólo puede ser deferido a aquel que niegue el arrendamiento.

<sup>28</sup> El artículo 2.044 del C.c. se limita a decir que el contrato de transacción debe constar por escrito y el artículo 1.12.3 del Code des assurances dispone simplemente que «el contrato de seguro se realiza por escrito, en francés, en caracteres aparentes». Vid. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato teorico-pratico di Diritto civile, Delle obbligazioni*, vol. IV, versión italiana, Milano, 1915, n.º 2528, p. 229; MAZEAUD-CHABAS, ob. cit., pp. 65, 72, 73; WEILL y TERRÉ, *Droit civil, Les obligations*, París, 1980, p. 136; GERRIERO, ob. cit., pp. 177 y ss. El primero y la última autora incluyen también, entre los contratos que precisan la forma escrita con carácter «ad probationem», el contrato de anticresis (art. 2.085 C.c.).

<sup>29</sup> DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1.º, 3.ª ed., París, s.f., n.º 33, p. 36; DURANTON, *Curso di Diritto civile secondo il Codice francese*, versión italiana por Liberatore, vol. V. Napoli, 1842, n.º 88, p. 21.

<sup>30</sup> Por todos, MAZEAUD-CHABAS, ob. cit., p. 59.

<sup>31</sup> GERRIERO, ob. cit., pp. 45, 46.

<sup>32</sup> Pueden citarse, a modo de ejemplo, los contratos constitutivos, traslativos o extintivos de derechos reales sobre buques, la cesión de patentes de invención («brevets d'invention»), la venta o pignoración de fondos de comercio («fonds de commerce»), la venta de inmuebles a construir (aunque aquí parece que la falta de forma se sanciona con la nulidad relativa, y no absoluta, del contrato, pues sólo el adquirente puede invocarla) y el contrato de «location-accesion». Vid. MAZEAUD, ob. cit., pp. 60 y ss.

<sup>33</sup> Así, GHESTIN, ob. cit., pp. 286, 287; WEILL y TERRÉ, ob. cit., pp. 140 y ss.; MAZEAUD-CHABAS, ob. cit., pp. 60 y ss.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Hay que añadir, por otra parte que para el precontrato de un contrato solemne la doctrina y la jurisprudencia considera necesaria la misma forma que para el contrato definitivo –a excepción, según la jurisprudencia, de la promesa de hipoteca<sup>34</sup>–. Aunque la ley sólo exige en ciertos casos que el poder<sup>35</sup> para celebrar un contrato formal revista la forma de éste (por ej. art. 933 para la aceptación de la donación) se entiende que tal ha de ser la solución general ya que el poder y el acto a cumplir constituyen un todo indivisible y es al otorgar el poder cuando el mandante da su consentimiento. Esta solución no se considera vulneradora del principio de libertad de forma sino, por el contrario, aplicación de un «principio general de correspondencia de formas»<sup>36</sup>.

Ahora bien, aunque en principio la validez de los contratos no se encuentra sujeta a la observancia de una forma específica, la forma escrita es necesaria para la prueba de los contratos que excedan de un determinado valor. El artículo 1.341 del Code (modificado por la Ley n.º 80-525 de 12 de julio de 1980) dice: «Debe constar en documento ante notario o en documento privado cualquier acto (“toutes choses”) que exceda de una suma o valor fijada por Decreto (según el Decreto n.º 80-533 de 15 de julio de 1980 este valor es el de 5.000 francos)<sup>37</sup> aunque se trate de depósitos voluntarios, y no se admite prueba alguna de testigos contra o más allá del contenido de estos documentos ni sobre lo que se alegue como dicho antes, en el momento o después de redactar estos documentos, aunque se trate de una cantidad o un valor inferior. Todo ello sin perjuicio de lo prescrito en la leyes relativas al comercio». Este artículo tiene su origen, como es sabido, en el artículo 54 de la Ordenanza du Moulins de 1.566 –recogido en una posterior Ordenanza de 1667– que prohibió la prueba de testigos para todo acto de valor superior a 100 libras<sup>38</sup>. El legislador del Código de Napoleón, al establecer en el artículo 1.341 la indicada limitación a la prueba testifical y hacer prevalecer la

<sup>34</sup> Por todos, GHESTIN, ob. cit., p. 341; GERRIERO, ob. cit., p. 445. Sobre la promesa de hipoteca, vid. *infra*, cap. III.

<sup>35</sup> En el Derecho francés se confunde el mandato con el poder («procuration») ya que el Código configura el mandato típico como representativo –art. 1.894 C.c.–.

<sup>36</sup> GERRIERO, ob. cit., pp. 405 y ss; MAZEAUD-CHABAS, ob. cit., p. 63; BOYER, ob. cit., p. 5.

<sup>37</sup> En su redacción originaria el artículo 1.341 del Code fijó la suma de 150 francos que fue aumentada a 500 francos por la ley de 2 de abril de 1928 y a 5.000 francos por la de 21 de febrero de 1948. Para facilitar las sucesivas modificaciones de la suma conforme a la devaluación monetaria se optó por remitir a un Decreto la fijación de la misma.

<sup>38</sup> El artículo 54 de la Ordenanza du Moulins decía que para obviar la multiplicación de hechos que daban lugar a litigios sujetos a prueba de testigos y tacha de los mismos, lo que generaba muchos inconvenientes e iniciaciones de procesos, se ordenaba que todas las cosas que excedieran del valor de 100 libras por pagar de una vez («toutes choses excédant la somme o valeur de cent livres pour une fois payer») determinaban la necesidad de que el contrato que versara sobre ellas se redactara ante notario y testigos no siendo admisible la prueba por testigos. Tampoco se admitía la prueba de testigos contra o más allá del contenido del contrato ni sobre lo que se alegara haber dicho y convenido antes, durante o después de éste. Se exceptuaban los casos de accidentes imprevistos y aquellos en que existía un principio de prueba por escrito. Vid. POTHIER, *Traité des obligations*, reimp., Barcelona, 1974, n.ºs 785 y ss., pp. 218 y ss.

documental sobre esta última en los supuestos en que ambas entran en colisión no hizo sino sancionar la tradición histórica francesa que, a juicio de los primeros comentaristas del Code, encontraba su justificación en dos razones fundamentales: la necesidad de evitar la multiplicidad de procesos que conllevaría la admisibilidad de todo tipo de pruebas y la incertidumbre y peligros propios de la prueba testifical derivada, tanto de la corrupción de los testigos, como de los posibles errores que éstos pueden cometer<sup>39</sup>.

Es importante resaltar que del artículo 1.341 no resulta que la escritura (pública o privada) sea el único modo de probar los contratos a que se refiere: se excluye la prueba testifical y la de presunciones<sup>40</sup>, pero, como veremos, son admisibles la confesión y el juramento decisorio. La falta de forma dificulta la prueba de tales contratos pero no la imposibilita de modo absoluto. En cualquier caso, la diferencia con el sistema español es clara: en nuestro Derecho la documentación del contrato puede constituir un medio de prueba privilegiado pero no excluye otros medios de prueba (ni siquiera la testifical –cfr. art. 1.248 C.c.–) de la existencia del contrato. Respecto de los contratos solemnes se dice en el Derecho francés que ninguna prueba puede suplir la presentación del documento (salvo que el documento se haya perdido –vid. *infra*–) lo que es lógico ya que al ocasionar la falta de forma la nulidad de tales contratos, admitir la prueba de su existencia por otros medios carece de objeto<sup>41</sup>.

La expresión «toutes choses» del artículo 1.341 es interpretada como comprensiva de todo acto jurídico, sea negocio unilateral o bilateral<sup>42</sup>. Los terceros no se ven afectados por la limitación probatoria del precepto que comentamos<sup>43</sup>. Para determinar si el negocio de que se trate debe ser probado por escrito conforme a lo dispuesto

<sup>39</sup> LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. XIX, 3.<sup>a</sup> ed., Bruxelles, París, 1878, n.ºs 294 y ss., pp. 422 y ss.; DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. VII, París, 1882, n.º 7, p. 6; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2518, p. 222.

<sup>40</sup> El artículo 1.353 C.c. dispone que las presunciones que no son establecidas por la ley no son admisibles más que en los casos en que la ley admite la prueba testimonial a menos que el acto sea atacado por fraude o dolo.

<sup>41</sup> LAURENT, ob. cit., n.º 436, p. 450; DURANTON, *Corso di Diritto civile secondo il Codice francese*, vol. VII, versión italiana por Liberatore, Napoli 1843, n.º 303, p. 288; GOBEAUX y BIHR, voz «Preuve», *Encyclopédie Dalloz*, t. VI, p. 22.

<sup>42</sup> La prueba de las manifestaciones unilaterales de voluntad se considera sujeta al artículo 1.341 del Code. La jurisprudencia ha entendido, sin embargo, que la renuncia no se somete a ninguna forma particular de prueba pudiendo resultar de hechos donde la voluntad de renunciar pueda ser establecida por testigos o presunciones. A la confirmación se aplica la misma solución adoptada para la renuncia. El pago, en cuanto se le considera un acto jurídico, está también sujeto a la necesidad de prueba preconstituida. Vid. GOBEAUX y BIHR, ob. cit., pp. 24 y ss.

El artículo 1.341 no es aplicable, obviamente, a los hechos materiales. Tampoco está sujeta a lo en él dispuesto la prueba de las obligaciones nacidas de delito, «cuasidelito» y «cuasicontrato», que el artículo 1.348 excepciona expresamente, ni la relativa a actos de naturaleza mercantil como se deduce del último inciso del propio artículo 1.341.

<sup>43</sup> GOBEAUX y BIHR, ob. cit., pp. 22, 23.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

en este precepto ha de tenerse en cuenta el valor del objeto del negocio estimado en el momento de su celebración<sup>44</sup> pero computándose también, en su caso, el valor de las prestaciones accesorias estipuladas por las partes y, concretamente, los intereses convenidos y las cantidades pactadas como cláusula penal<sup>45</sup>. Si el objeto del contrato es una prestación de valor indeterminado se requiere siempre la prueba escrita (sin perjuicio, obviamente, de que pueda ser probado mediante confesión o juramento)<sup>46</sup> 47.

El artículo 1.341 no se limita a exigir la prueba documental de determinados negocios. Establece además que no cabe la prueba testifical contra lo contenido en un documento escrito, en este caso, con independencia del valor del negocio que docu-

---

<sup>44</sup> Aunque algunos autores han entendido que ha de estarse al valor de la suma por la que se plantea la demanda y no al del objeto del contrato (DURANTON, *Corso*, VII, cit., n.º 318, p. 293) o que han de tenerse en cuenta ambos de manera que la cantidad en litigio no debe en ningún momento, entre el nacimiento de la obligación y la presentación de la demanda, ser superior al límite legal (COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 484) la doctrina más generalizada estima que ha de estarse al valor del objeto del contrato aunque el de la cantidad reclamada sea menor (así se desprende del artículo 1.344 que dispone que no puede admitirse la prueba testifical respecto de una demanda de una suma inferior a la prevista en el artículo 1.341 cuando se declara que esta suma es el resto o una parte de un crédito de mayor valor que no está probado por escrito) o mayor. Se debe tener en cuenta el valor que tiene el objeto del negocio cuando se celebra, aunque aumente con posterioridad, porque es en ese momento cuando las partes pueden apreciar la necesidad de preconstituir la prueba del mismo. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2529 y ss., pp. 230 y ss.; MARCADÉ, *Explication du Code civil*, t. V, 7.ª ed., París, 1873, pp. 109, 110; DEMOLOMBE, *Traité*, VII, cit., n.º 33 y ss., pp. 35 y ss.; LAURENT, ob. cit., n.º 442, p. 461; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VII, 2.ª parte, con la colaboración de Esmein, Radouant y Gabolde, París, 1954, p. 977; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 28.

<sup>45</sup> Ello es consecuencia de lo previsto en el artículo 1.342 que preceptúa que el artículo 1.341 se aplica también a los casos en que «la acción contiene además de la demanda del capital, una demanda de intereses que, unida al capital, excede de la cifra prevista». Sólo se computan las prestaciones accesorias previstas en el contrato. No se incluyen por tanto los intereses moratorios devengados con posterioridad a la interposición de la demanda ni los debidos a título de indemnización por daños y perjuicios («dommages-intérêts») ocasionados por el retraso en la ejecución de la obligación. DURANTON, *Corso*, VII, n.º 319, p. 294; DEMOLOMBE, *Traité*, VII, n.º 37 y ss., pp. 43 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2540, p. 235; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 977; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 29.

<sup>46</sup> COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 485; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 29.

<sup>47</sup> Para evitar que se eluda la prohibición del artículo 1.341, los artículos 1.343, 1.345 y 1.346 establecen ciertas reglas. El primero impide que aquel que ha presentado una demanda por un importe superior a la suma prevista en el artículo 1.341 pueda prevalerse de la prueba testimonial reduciendo la demanda primitiva. El artículo 1.345 dispone que si en una misma instancia una parte presenta varias demandas, de ninguna de las cuales existe documento escrito y que juntas exceden de la suma prevista en el artículo 1.341, no puede admitirse la prueba de testigos aunque la parte alegue que tales créditos proceden de diferentes causas y que han nacido en diferentes momentos, a no ser que tales derechos procedan de sucesión, donación o de personas diferentes. Con este precepto se pretende impedir que se burle la prohibición del artículo 1.341 mediante la división del crédito reclamado en distintas cantidades a la hora de presentar la demanda. Para evitar que se presenten sucesiva y no simultáneamente tantas demandas como créditos distintos ordena el artículo 1.346 que se acumulen todas las demandas, de cualquier título que sean, que no estén enteramente justificadas por escrito. Vid. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2546 y ss., pp. 238 y ss.; DEMOLOMBE, *Traité*, VII, cit., n.º 61 y ss., pp. 65 y ss.; DURANTON, *Corso*, VII, cit., n.º 323, p. 298; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 485.

mente. Esta prohibición no afecta, como es lógico, a cualquier documento escrito (por ejemplo, una nota doméstica) sino sólo a lo que la doctrina francesa denomina «actes», esto es, los documentos públicos y privados en que se plasma un negocio jurídico y que han sido redactados con la finalidad de constatarlo<sup>48</sup> y se explica indicando que cuando las partes han tomado la precaución de redactar un documento hay que presumir que no han incluido en él nada erróneo ni han omitido nada<sup>49</sup>. De lo dicho se desprende que no cabe probar por testigos cláusulas que contradigan o completen lo contenido en el documento (sí se admite la prueba testifical para interpretar las cláusulas oscuras o ambiguas del contrato) y que las modificaciones de lo convenido por las partes deben constar por escrito, no siendo admisible la prueba testifical<sup>50</sup>. No obstante, los hechos posteriores a la convención que modifican el alcance de ésta o extinguen la obligación (pago, remisión) no caen bajo esta regla<sup>51</sup>. Tampoco pueden las partes probar por testigos la simulación de un contrato que se celebró por escrito a no ser que se ataque dicho contrato por su carácter fraudulento. Los terceros, en cambio, siempre pueden probar por testigos que un acto jurídico es fraudulento o simulado, ya que a ellos no les afecta lo dispuesto en el artículo 1.341 C.c. A los terceros se equiparan los herederos forzosos cuando actúan en virtud de un derecho propio –v. gr. para proteger su legítima<sup>52</sup>.

Los artículos 1.347 y 1.348 establecen una serie de excepciones a la limitación probatoria contenida en el artículo 1.341. El primero declara admisible la prueba de testigos cuando existe un principio de prueba por escrito que el propio precepto define como todo escrito emanado de aquél contra quien se opone o de aquél que lo represente y que hace verosímil el hecho alegado<sup>53</sup>. Se considera principio de prueba por escrito cualquier documento que esté firmado o que esté escrito aunque no firmado por el sujeto de que se trate y que no haya sido redactado con el fin de probar la convención (cartas, libros domésticos, etc.)<sup>54</sup> así como aquellos documentos que, si bien estaban desti-

<sup>48</sup> A los documentos privados equipara la jurisprudencia las cartas intercambiadas por las partes con el objeto de constatar el acuerdo. PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 492; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 34.

<sup>49</sup> DEMOLOMBE, *Traité*, VII, cit., n.º 78, p. 90; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 485.

<sup>50</sup> Hay que advertir que lo dispuesto en el artículo 1.341 no impide acudir a la prueba de confesión o al juramento decisorio para probar que lo contenido en el documento no es exacto o que ha sido modificado. GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 31.

<sup>51</sup> Aunque si su objeto es de valor superior a 5.000 francos se le aplica el artículo 1.341.

<sup>52</sup> DEMOLOMBE, *Traité*, VII, cit., n.º 87 y ss., pp. 100 y ss., pp. 175 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2567 y ss., pp. 250 y ss., 328 y ss.; MARCADÉ, ob. cit., pp. 112 y ss., pp. 146, 147; LAURENT, ob. cit., n.º 590 y ss., 613 y ss., pp. 163 y ss.; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 486; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., pp. 982-984; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., pp. 31-34.

<sup>53</sup> La Ley n.º 75/596, de 9 de julio de 1975, ha añadido al artículo 1.347 un segundo párrafo que dispone «pueden ser considerados por el juez como equivalentes a un principio de prueba por escrito las declaraciones hechas por una parte en su comparecencia personal, su negativa a responder o su no comparecencia».

<sup>54</sup> MARCADÉ, ob. cit., p. 136; DEMOLOMBE, *Traité*, t. VII, cit., n.º 113 y ss., pp. 130, 131; BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., n.º 2 587, p. 269; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 992; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 90.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

nados a constatar el contrato, a causa de defectos formales no reúnen las condiciones requeridas por la ley para ser calificados como escritura pública o documento privado<sup>55</sup>. La aptitud del principio de prueba por escrito para hacer verosímil el hecho que se trata de probar es una cuestión sujeta a la apreciación judicial<sup>56</sup>. El artículo 1.348 exceptiona de lo dispuesto en el artículo 1.341, además de la prueba de las obligaciones derivadas de delito, ilícito civil y cuasicontrato, todas aquellas hipótesis en que una de las partes «no ha tenido la posibilidad material o moral de procurarse una prueba documental del acto jurídico» o bien «ha perdido el título que le servía de prueba documental a consecuencia de un caso fortuito o de una fuerza mayor». Este precepto, en su redacción originaria (fue modificado por la Ley 80/525, de 12 de julio de 1980) no aludía a la imposibilidad moral pero la doctrina y la jurisprudencia venían manteniendo que debía considerarse comprendida en el ámbito del mismo<sup>57</sup>. En cuanto a la pérdida del título, el que la alegue deberá probar –por cualquier medio– la existencia anterior del documento, el caso fortuito o la fuerza mayor, y la pérdida de aquél a consecuencia de tales eventos<sup>58</sup>. Esta excepción es aplicable también a los negocios solemnes, pero en este caso deberá probarse además que el título se redactó conforme a las formalidades legales<sup>59</sup>.

Hay que insistir, en cualquier caso, en que la prueba de confesión es admisible siempre, aun en los casos en que el contrato debe constar por escrito y no puede pro-

<sup>55</sup> El documento privado no está sujeto, en general, a ninguna formalidad determinada, la única condición indispensable es que se encuentre firmado por las partes contratantes. No obstante, cuando constata un contrato sinalagmático, el artículo 1.325 exige que se redacten tantos originales como partes con interés distinto. Los documentos que no cumplen lo dispuesto en el artículo 1.325 –la denominada formalidad del «double»– no son válidos como documento privado, pero sirven como principio de prueba por escrito si están firmados por la parte a quien se le opone. Tradicionalmente se consideraba también principio de prueba por escrito el documento privado en que se documentaba una promesa unilateral relativa a una suma de dinero o una cosa apreciable en dinero y que no cumplía la formalidad del «vale por» («bon») o «aprobado» («approuvé»), menciones que debían ser escritas por el deudor haciendo constar en letra la suma debida y que exigía el antiguo artículo 1.326 C.c. para evitar los fraudes derivados de la práctica de firmar en blanco. El nuevo artículo 1.326 (modificado por la Ley 80-525, de 12 de julio de 1980) ha suprimido tal requisito y sólo exige que el firmante escriba a mano la suma debida en letras y en cifras. Cfr. DEMOLOMBE, *Traité*, VII, cit., n.º 139, p. 151; MARCADÉ, ob. cit., pp. 139, 140; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, t. I, 2.ª ed., París, 1972, p. 397; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 988; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 87.

<sup>56</sup> COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 489; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., pp. 994, 995.

<sup>57</sup> Se observaba que las relaciones de parentesco, afectivas, o las relaciones de trabajo o subordinación pueden hacer inadmisibles el exigir a la otra parte contratante la redacción de un documento; asimismo, que la existencia de ciertos usos y prácticas habituales se opone a que en determinados casos se exija la constancia escrita del contrato (por ej. entre los profesionales liberales: médicos, abogados... y sus clientes). BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2621, pp. 310 y ss.; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 492; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., pp. 998, 999; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, I, cit., pp. 431, 432; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., pp. 37 y ss.

<sup>58</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2641 y ss., pp. 337, 338; DEMOLOMBE, *Traité*, VII, cit., n.º 201, pp. 194 y ss.; MARCADÉ, ob. cit., p. 149; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., p. 1003.

<sup>59</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2.646, p. 340; MARCADÉ, ob. cit., p. 100; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 39.



barse por testigos ni por presunciones. Ahora bien, ello es así por lo que respecta a la confesión judicial. Respecto a la confesión extrajudicial hay que matizar. Si ésta se efectuó verbalmente y no por escrito se plantea el problema de su prueba, ya que no puede probarse por testigos que se llevó a cabo una confesión verbal cuando el objeto del litigio es un acto jurídico que supera el valor establecido en el artículo 1.341, a no ser que se den alguna de las circunstancias previstas en los artículos 1.347 y 1.348 C.c. (cfr. art. 1.355)<sup>60</sup>.

En cuanto al juramento, el Código prevé dos tipos: el juramento decisorio, aquél que una parte defiende a la otra haciendo depender de su respuesta la decisión de la controversia y el juramento supletorio que es deferido por el juez y tiene como fin, únicamente, esclarecer las circunstancias de la causa dejando intacto el poder de decisión de aquél (art. 1.357 C.c.)<sup>61</sup>. El juramento decisorio es admisible siempre (art. 1.458 C.c.), de hecho, se utiliza fundamentalmente a falta de todo otro medio de prueba, esto es, cuando una de las partes alega una pretensión que no puede demostrar y que la otra parte niega<sup>62</sup>. Mediante el juramento, la parte que alega un hecho requiere al adversario para que jure que el hecho en cuestión no es conforme a la realidad. De la respuesta de este último depende la solución del litigio<sup>63</sup>, por ello se dice que la delación del juramento constituye una «oferta de renuncia condicional a la demanda o a la defensa»<sup>64</sup> o que tiene el efecto de una transacción<sup>65</sup>. Cuando se trata de un negocio solemne no puede acudirse al juramento decisorio, pues la documentación es aquí constitutiva<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2.702 y ss., pp. 390, 391; MARCADÉ, ob. cit., pp. 227, 228; DURANTON, *Corso*, VII, cit., n.º 535 y ss., pp. 362, 363; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., pp. 106, 107.

<sup>61</sup> El juramento supletorio sólo procede, según el artículo 1.367 C.c., cuando la demanda y la excepción no están plenamente justificadas ni tampoco totalmente desprovistas de prueba. Ello implica que ha de existir un principio de prueba aunque no una prueba completa. Cuando la prueba es libre (negocios de valor inferior a 5.000 francos) el principio de prueba puede resultar de cualquier medio: declaración de testigos, presunciones, etc. Pero cuando no es admisible la prueba de testigos el juramento supletorio no puede deferirse si no existe un principio de prueba por escrito. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2.769 y ss., pp. 449, 450; MARCADÉ, ob. cit., p. 243; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 111.

<sup>62</sup> Demolombe, *Traité*, VII, n.º 613 bis, 621, pp. 530, 543; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 106.

<sup>63</sup> La parte a la que se defiende el juramento tiene tres opciones: prestar el juramento, en cuyo caso gana el proceso; rechazarlo, lo que implica reconocer la veracidad del hecho alegado por la otra parte y por tanto pierde el proceso, o referirlo a quien se lo había deferido, esto es, requerir a su adversario para que jure que el hecho alegado por él es exacto. Vid. GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 106.

<sup>64</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2.731, p. 419.

<sup>65</sup> DURANTON, *Corso*, VII, cit., n.º 571, p. 372. Lo cierto es que tradicionalmente se ha equiparado el juramento a la transacción aunque presenta diferencias respecto de ésta, especialmente, porque mientras que la transacción es puramente voluntaria, la parte a la que se defiende el juramento viene obligada a prestarlo o a referirlo a la otra parte para no perder el pleito. GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 106, critica esta orientación.

<sup>66</sup> BAUDRY-LACANTINERIE, ob. cit., n.º 2.735, 2.739, pp. 424, 429; DURANTON, *Corso*, VII, cit., n.º 575, p. 372; DEMOLOMBE, *Traité*, VII, cit., n.º 602, p. 521.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Los contratos para los que se exige la forma «ad probationem» con independencia de su valor pueden ser probados, igualmente, mediante la confesión o el juramento, siendo admisible la prueba testifical en las hipótesis previstas en los artículos 1.347 y 1.348<sup>67</sup>.

Es importante señalar, finalmente, que, si bien los primeros comentaristas del Code, salvo alguna excepción, sostuvieron que la prohibición de la prueba de testigos establecida en el artículo 1.341 era de orden público<sup>68</sup>, la jurisprudencia ha venido entendiendo que la norma del artículo 1.341 establece simples medidas de protección de intereses privados siendo derogable por voluntad de las partes. En la actualidad se entiende que el juez no puede invocar de oficio la prohibición de la prueba de testigos o presunciones y que las partes pueden renunciar expresa o tácitamente (por ej. no oponiéndose al interrogatorio de testigos) a invocar la inobservancia del artículo 1.341. Además, se admite la modificación convencional de las reglas de admisibilidad de la prueba<sup>69</sup>.

## 2. Derecho italiano

### A) CÓDIGO CIVIL DE 1865

Aunque, al igual que en el Código de Napoleón, en el Código civil italiano de 1865 no existía ningún precepto que sancionara el principio de libertad de forma en materia contractual, la doctrina de la época afirmaba que, por regla general, los contratos no estaban sujetos a ninguna forma específica, siendo el mero consentimiento fuente de obligaciones<sup>70</sup>. El artículo 1.314 C.c. contenía, sin embargo, un abundante número de negocios que debían hacerse «por acto público o por documento privado, bajo pena de nulidad». Se trataba fundamentalmente de negocios constitutivos, traslativos o extintivos de derechos reales sobre inmuebles<sup>71</sup>. Pese a la claridad del precepto, del

---

<sup>67</sup> Vid. GERRIERO, ob. cit., pp. 179 y ss.

<sup>68</sup> Así MARCADÉ, ob. cit., p. 157; LAURENT, ob. cit., n.º 397 y ss., p. 425 y ss.; DEMOLOMBE, *Traité*, VII, cit., n.º 215 y ss., pp. 202 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, ob. cit., n.º 2.518, pp. 222, 223. De opinión contraria, DURANTON, *Corso*, VII, cit., n.º 308, p. 291.

<sup>69</sup> COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 487; PLANIOL y RIPERT, ob. cit., pp. 975; GOBEAUX y BIHR, ob. cit., p. 23.

<sup>70</sup> LOMONACO, *Delle Obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. 1.º, en «Il Diritto civile italiano», dirigido por Fiore y Brugi, X, reimp. 2.ª ed., Napoli-Torino, 1924, pp. 84, 85; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, t. IV, Firenze, 1926, p. 186; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, trad. de la 4.ª ed. italiana anotada por Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, Madrid, 1979, p. 251.

<sup>71</sup> Decía el artículo 1.314: «Deben hacerse por acto público o por documento privado, bajo pena de nulidad:

que se infería el carácter solemne de los negocios en él comprendidos, la doctrina, especialmente en los primeros años de aplicación del Código, se negó a admitir que la forma escrita tuviese carácter de requisito constitutivo, sosteniendo que era requerida únicamente para la prueba de los mismos. Esta interpretación se basaba en el hecho de que el artículo 1.314 estaba ubicado en el capítulo que el *Codice civile* dedicaba a la «prueba de las obligaciones» no incluyendo, por otra parte, el artículo 1.104 la forma entre los requisitos esenciales de los contratos. Se añadía que de los trabajos preparatorios del Código se deducía que el legislador había pretendido sólo proteger el interés de los terceros, exigiendo forma escrita para aquellos contratos sujetos a transcripción y que el artículo 1.932 C.c. contradecía el tenor del artículo 1.314, ya que permitía la transcripción de las sentencias que declararan la existencia de una convención verbal «de la naturaleza» de las enunciadas en el artículo 1.314. La tesis que prevaleció finalmente fue, al parecer, la que consideraba como solemnes los negocios comprendidos en el artículo 1.314<sup>72</sup>. Conviene señalar, por otra parte, que mientras para algunos autores el mandato para celebrar cualquiera de los contratos comprendidos en el artículo 1.314 debía plasmarse por escrito<sup>73</sup> para otros, en cambio, podía hacerse en cualquier forma, también tácitamente<sup>74</sup>.

Con independencia de lo dispuesto en dicho precepto, se calificaban como contratos solemnes la donación (art. 1.056), el contrato de capitulaciones matrimoniales y

1.º Las convenciones que transfieren la propiedad de inmuebles o de otros bienes o derechos capaces de hipoteca, salvo las disposiciones relativas a las rentas sobre el Estado.

2.º Las convenciones que constituyen o modifican servidumbres prediales, o derechos de uso o de habitación, o transfieren el ejercicio del derecho de usufructo.

3.º Los actos de renuncia a los derechos enunciados en los dos números precedentes.

4.º Los contratos de arrendamiento de inmuebles por un tiempo excedente de nueve años.

5.º Los contratos de sociedad que tienen por objeto el goce de bienes inmuebles, cuando la duración de la sociedad es indeterminada o excede de nueve años.

6.º Los actos que constituyen rentas tanto perpetuas como vitalicias.

7.º Las transacciones.

8.º Los otros actos especialmente indicados por la ley».

<sup>72</sup> Vid. GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. III (trad. española de la 7.ª ed. italiana, reimp. de la 2.ª ed., Madrid, 1978, pp. 195 y ss.) y vol. IV (Madrid, 1977, p. 55), quien explica el artículo 1.932 C.c. indicando que probablemente se refería al supuesto de extravío del documento escrito (en cuyo caso se admitía cualquier medio de prueba para demostrar la existencia del contrato) o a la hipótesis de ejecución de la donación nula por parte de los herederos (art. 1.311) supuesto excepcional en que, como se verá (infra, cap. II), se admitía la confirmación del negocio nulo.

También, vid. RICCI, *Corso Teorico-pratico di Diritto civile*, vol. VI, *Delle obbligazioni*, Torino, 1880, pp. 445 y ss.; STOLFI, *Diritto civile*, vol. I, parte seconda, Torino, 1931, pp. 797, 798.

<sup>73</sup> RICCI, ob. cit., p. 449.

<sup>74</sup> GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, III, cit., pp. 198, 199, dice que el mandato es un contrato «ex se», enteramente distinto del que el mandatario debe estipular en ejecución del mismo por lo que no puede sujetarse a las reglas de éste, especialmente si se trata de reglas de «derecho singular que no admiten aplicación extensiva».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

sus modificaciones (arts. 1.382 y 1.383) y la separación de la dote (art. 1.419) que debían, todos ellos, celebrarse en escritura pública<sup>75</sup>.

Fuera de las hipótesis indicadas, la voluntad contractual podía manifestarse en cualquier forma. Hay que tener en cuenta, no obstante, que el Código civil italiano de 1865 reprodujo básicamente la regulación establecida en el Código de Napoleón, en torno a la «prueba de las obligaciones», instaurando un sistema casi idéntico al francés: el artículo 1.341 C.c. italiano<sup>76</sup> prescribía la inadmisibilidad de la prueba testifical para los contratos<sup>77</sup> cuyo valor (determinado teniendo en cuenta el valor del objeto del contrato en el momento de su celebración más los intereses y prestaciones accesorias estipuladas convencionalmente)<sup>78</sup> superase las 500 liras, que debían ser probados por escrito (documento público o privado)<sup>79</sup> pero siendo admisible, en su defecto, la prue-

<sup>75</sup> Cfr. PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 187; LOMONACO, *Delle obbligazioni*, 1.º, cit., pp. 87, 88; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, trad. de la 4.ª ed. italiana anotada por Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, Madrid, 1977, p. 270.

Algunos autores incluían también entre los contratos que requerían la forma con carácter «ad solemnitatem», la subrogación convencional por parte del deudor (art. 1.252.2) el pacto de interés superior al legal (art. 1.831) y el contrato constitutivo de prenda de valor superior a 500 liras (art. 1.880) (RUGGIERO, *Instituciones*, II, 1.º, cit., p. 270; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, III, cit., p. 199) aunque los dos últimos encajarían en lo que la doctrina moderna denomina «forma integrativa» o «ad regularitatem» (*infra*, cap. V) y que GIORGI (*Teoría de las obligaciones*, vol. I, Madrid, 1969, p. 287) denominaba «formas sustanciales solamente para un determinado efecto», ya que en el primer caso la falta de forma ocasionaba únicamente la vigencia del interés legal y en el segundo, la falta de prelación del acreedor pignoraticio.

<sup>76</sup> Disponía este precepto: «No se admite la prueba por medio de testimonios de una convención sobre un objeto cuyo valor excede de 500 liras, aunque se trate de depósito voluntario. No se admite tampoco tal prueba contra o como adición («in aggiunta») de lo contenido en actos escritos, ni sobre lo que se alegue ser hecho antes, contemporáneamente o posteriormente a los mismos, aunque se tratase de suma o valor menor de 500 liras. Queda en vigor lo establecido en las leyes relativas al comercio.»

La prueba de presunciones se excluía en los mismos casos que la de testigos. El artículo 1.354 preceptuaba: «Las presunciones que no son establecidas en la ley son dejadas a la prudencia del juez, el cual no debe admitir más que presunciones graves, precisas y concordantes, y solamente en los casos en que la ley admite la prueba testifical.»

<sup>77</sup> El artículo 1.341 C.c. italiano –frente a la expresión del precepto francés que exigía la prueba escrita para «toutes choses»– utilizaba el término «convención» («convenzione»), por lo que algunos autores consideraban que la limitación probatoria se circunscribía a los contratos no abarcando las declaraciones unilaterales de voluntad (así STOLFI, *Diritto civile*, cit., p. 824; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, I, pp. 439, 440). Otros, sin embargo, parece que influidos por la doctrina francesa, indicaban que en las «convenciones» de que hablaba el artículo 1.341 había que incluir todos los actos jurídicos dirigidos a crear, transferir, modificar o extinguir derechos u obligaciones, así como también, los actos confirmativos y reconocitivos (LOMONACO, *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. 3.º, en «Il Diritto civile italiano secondo la Dottrina e la Giurisprudenza», dirigido por Fiore y Brugi, X, reimp. 2.ª ed., Napoli-Torino, 1925, p. 353; RICCI, ob. cit., p. 519).

<sup>78</sup> RICCI, ob. cit., pp. 521-523; LOMONACO, *Delle obbligazioni*, 3.º, cit., pp. 359 y ss.; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, I, cit., pp. 441, 442.

<sup>79</sup> El artículo 1.313 disponía: «la prueba por escrito resulta de acto público o de documento privado».

ba por confesión<sup>80</sup> y el juramento decisorio<sup>81</sup>. Lo dispuesto en el artículo 1.341 C.c. no afectaba a los terceros<sup>82</sup>. Se establecían las mismas excepciones que en el Código francés a la limitación de la prueba testifical: existencia de un principio de prueba por escrito (art. 1.347)<sup>83</sup>, imposibilidad por parte del acreedor de procurarse una prueba escrita de la obligación<sup>84</sup> y pérdida del documento que le servía de prueba por escrito a consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.348)<sup>85</sup>. Esta última excepción era aplicable también a los contratos solemnes que, como regla, sólo podían ser probados mediante la presentación del documento<sup>86</sup>. La regla segunda del artículo 1.341, que impedía probar por testigos contra o más allá del contenido del documento, se interpretaba en el mismo sentido que en el Derecho francés<sup>87 88</sup>.

Es de notar, finalmente, que los autores posteriores al Código civil de 1865 estimaban que las reglas limitativas de la prueba de testigos eran de orden público, no pudiendo las partes renunciar a la inadmisibilidad de dicha prueba en los casos previstos en la ley<sup>89</sup>.

<sup>80</sup> Respecto a la confesión extrajudicial decía el artículo 1.359 que «no puede probarse por testimonios (la realización de tal confesión) cuando se trate de demandas para las cuales la ley no admite la prueba testifical». Vid. STOLFI, *Diritto civile*, cit., pp. 827 y ss.; RICCI, ob. cit., pp. 561 y ss.; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, I, cit., pp. 431, 432.

<sup>81</sup> Al igual que en el Código civil francés existían dos tipos de juramento: el decisorio, que era admisible en todo caso salvo la hipótesis en que se tratara de un negocio solemne (art. 1.364) y el supletorio, que sólo podía deferir el juez cuando la demanda o la excepción no estuviesen plenamente probadas, pero tampoco totalmente desprovistas de prueba (art. 1.375). Por todos, vid. RICCI, ob. cit., pp. 579 y ss., 597 y ss.

<sup>82</sup> STOLFI, *Diritto civile*, cit., p. 824, nota 2 y p. 827.

<sup>83</sup> Vid. LOMONACO, *Delle obbligazioni*, 3.º, cit., pp. 372-385; RICCI, ob. cit., pp. 531-534.

<sup>84</sup> La doctrina italiana, siguiendo a la francesa, indicaba que la imposibilidad podía ser tanto física como moral y se consideraba que la prueba del error, dolo o violencia podía hacerse por cualquier medio porque en tales casos el afectado no podía haberse provisto de un documento. RICCI, ob. cit., pp. 536, 537; LOMONACO, *Delle obbligazioni*, 3.º, cit., pp. 386-405.

<sup>85</sup> Por todos, vid. RICCI, ob. cit., pp. 535 y ss.

<sup>86</sup> RICCI, ob. cit., p. 449.

<sup>87</sup> Esto es, se entendía que atañía a los pactos que restringían, ampliaban o modificaban lo convenido por las partes, pero no a los actos posteriores extintivos de las obligaciones resultantes del contrato —remisión, pago...— (contra, GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, I, cit., pp. 453, 454, que consideraba que estos actos entraban dentro de la prohibición de la prueba testifical) y que era admisible la prueba testifical para interpretar o aclarar el contenido del documento. Se entendía también que las partes no podían probar por testigos la simulación de un contrato redactado por escrito a no ser que hubiera existido dolo, violencia o tuviese carácter fraudulento. STOLFI, *Diritto civile*, cit., p. 825; LOMONACO, *Delle obbligazioni*, 3.º, cit., pp. 365 y ss., p. 406; RICCI, ob. cit., pp. 528 y ss.

<sup>88</sup> Al igual que en el Código civil francés se incluyeron algunos artículos (1.343 a 1.346), similares a los preceptos franceses comentados en la nota 47 y dirigidos a evitar la vulneración indirecta del artículo 1.341.

<sup>89</sup> RICCI, ob. cit., p. 517; LOMONACO, *Delle obbligazioni*, 3.º, cit., p. 349; GIORGI, *Teoría de las obligaciones*, I, cit., p. 438.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

### B) CÓDIGO CIVIL DE 1942

El Código italiano vigente no contiene ningún precepto que establezca la regla general de libertad de forma. El artículo 1.325, al enumerar los requisitos esenciales de los contratos, incluye entre éstos la forma, pero especifica que ello es así «cuando resulta que es prescrita por la ley bajo pena de nulidad» (1.325.4). La opinión más generalizada sostiene la vigencia del principio de libertad de forma sobre la base del precepto indicado, afirmando que, si la forma sólo es requisito constitutivo del contrato cuando la ley así lo prevé, la regla general es que la voluntad contractual puede manifestarse en cualquier forma. Se afirma además que dicho principio es consecuencia del más amplio de autonomía contractual (art. 1.322 C.c.)<sup>90</sup>, llegando algún autor a incardinarlo con el reconocimiento constitucional de la iniciativa económica privada (art. 41 C.) que, según se dice, se traduce en la «libertad de determinar el contenido y la forma de los contratos y en general de los actos jurídicos de carácter patrimonial»<sup>91</sup>. Hay que observar, sin embargo, que hay quien niega que el sistema italiano se encuentre regido por el principio de libertad de forma. IRTI, en un trabajo publicado en 1.985 que causó gran revuelo entre los juristas italianos, afirma que no existe ninguna norma general que permita sostener el indicado principio: de la ausencia de una norma que requiera una determinada forma para todo contrato, dice este autor, no puede inferirse la presencia de una norma que configure como libre la forma del contrato en general<sup>92</sup>. La principal consecuencia de la tesis de este autor resulta ser la negación del carácter excepcional de los preceptos que imponen exigencias formales en cuanto no pueden contraponerse a una regla –libertad de forma– que no existe. En cualquier caso, la opinión de IRTI no es compartida por el resto de la doctrina que continúa sosteniendo que en el Derecho italiano rige el principio de libertad de forma<sup>93</sup>.

---

<sup>90</sup> Vid. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 440; DISTASO, *I contratti in generale*, t. II, en «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale», Torino, 1966, pp. 358, 359; DI PAOLO, «La forma del contratto», en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, VII, 1991, n.º 3, p. 172.

<sup>91</sup> Así, PROSPERI, «Forma complementari e atto rezzettizio», en *Riv. Dir. comm.*, LXXIV, 1976, p. 197.

<sup>92</sup> Afirma IRTI que del artículo 1.325,4 derivan dos categorías de contratos o supuestos de hecho («fattispecie»): contratos con estructura débil («struttura deboli» o «fattispecie deboli») resultante de la combinación de tres requisitos (acuerdo, objeto y causa) y contratos con estructura fuerte («struttura o fattispecie forte») resultante de la combinación de cuatro requisitos (acuerdo, objeto, causa y forma). La existencia de supuestos de hecho «débiles» no implica la existencia de una norma que establezca la libertad de forma sino una pura ausencia de norma sobre la forma. Afirma además este autor que la libertad de forma no es una consecuencia del principio de autonomía de la voluntad, como mantiene la generalidad de la doctrina, ya que, en su opinión, éste se circunscribe a la determinación del contenido del contrato. Vid. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, pp. 19 y ss., 83 y ss.; también, «Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli», en *Studi in onore di Giorgianni*, Napoli, Roma, 1988, pp. 449 y ss.

<sup>93</sup> Contra lo argumentado por IRTI se aduce que el hecho de que el artículo 1.325 no prevea para todo contrato la necesidad de forma implica que implícitamente la excluye: el que no exista una norma

Lo cierto es, sin embargo, que la virtualidad del repetido principio se encuentra bastante limitada. El Código civil italiano, si se compara con otros códigos, como el francés, español o alemán, es el que presenta una tendencia formalista más acusada<sup>94</sup> ya que existe un gran número de contratos que requiere la forma como condición de validez. El artículo 1.350 enumera los contratos que deben hacerse en escritura pública o documento privado bajo pena de nulidad<sup>95</sup> e incluye prácticamente todos los constitutivos, traslativos o modificativos de derechos reales sobre bienes inmuebles además de los actos de renuncia a los mismos. Asimismo, el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles de duración superior a nueve años<sup>96</sup>, el de sociedad o asociación cuando

---

expresa que proclame la libertad de forma no implica que no exista una norma que excluya la forma como requisito del contrato (GRASSO, «La forma tra regola ed eccezione, a proposito di un libro recente», en *Studi in onore di Giorgianni*, cit., pp. 433 y ss.), ya que la falta de previsión de tal requisito (la forma) se traduce en la afirmación positiva de la libertad de observancia de éste (MACIOCE, «Appunti sulla forma degli atti unilaterali. Sul principio di libertà delle forme», en *Studi in onore di Giorgianni*, cit., pp. 466, 477). Se observa también que forma parte de la autonomía contractual la posibilidad de elegir la forma de manifestación de la voluntad –y no sólo el contenido del negocio, como sostiene Irti– pues de otro modo no podría explicarse que las partes pudiesen estipular que un negocio se concluya en una forma no requerida por la ley (PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 576).

<sup>94</sup> Así lo ponen de relieve algunos autores como GIORGIANNI, voz «Forma degli atti» (Dir. privato), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVII, p. 996 y PROSPERI, ob. cit., pp. 192, 193. En relación a ello observa SACCO, *Il Contratto*, en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por Vasalli, vol. VI, t. 2.º, Torino, 1975, pp. 426, 427, que la abundancia de disposiciones que exigen una determinada forma con carácter «ad solemnitatem» debería ser contrarrestada mediante un sistema de sanatoria de los actos inválidos como el previsto en el sistema alemán.

<sup>95</sup> Dice el indicado precepto: «Deben hacerse por acto público o por documento privado, bajo pena de nulidad:

1. Los contratos que transfieren la propiedad de bienes inmuebles.
2. Los contratos que constituyen, modifican o transfieren el derecho de usufructo sobre bienes inmuebles, el derecho de superficie, el derecho del concedente y el del enfiteuta.
3. Los contratos que constituyen la comunidad de derechos indicados en los números precedentes.
4. Los contratos que constituyen o modifican las servidumbres prediales, el derecho de uso sobre bienes inmuebles y el derecho de habitación.
5. Los actos de renuncia a derechos indicados en los números precedentes.
6. Los contratos de redención («affrancazione») del fundo enfiteutico.
7. Los contratos de anticresis.
8. Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por una duración superior a nueve años.
9. Los contratos de sociedad o de asociación con los cuales se confiere el goce de bienes inmuebles o de otros derechos reales inmobiliarios por un tiempo excedente de nueve años o por un tiempo indeterminado.
10. Los actos que constituyen rentas perpetuas o vitalicias, salvo las disposiciones relativas a las rentas del Estado.
11. Los actos de división de bienes inmuebles y de otros derechos reales inmobiliarios.
12. Las transacciones que tienen por objeto controversias relativas a relaciones jurídicas mencionadas en los números precedentes.
13. Los otros actos especialmente indicados en la ley».

<sup>96</sup> Hay que advertir que en este caso la falta de forma no ocasiona la nulidad de todo el contrato ya que este es válido dentro del límite temporal que no requiere la forma escrita, esto es, por período inferior a nueve años. DISTASO, ob. cit., p. 534

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

se confiere el goce de bienes inmuebles y otros derechos reales inmobiliarios por más de nueve años o tiempo indeterminado<sup>97</sup> y las transacciones que tengan por objeto controversias relativas a alguna de las relaciones jurídicas comprendidas en el propio artículo 1.350. En su último número, hace referencia a «los otros actos especialmente indicados en la ley»<sup>98</sup>.

Además del importante número de contratos que tienen carácter solemne, también son abundantes las hipótesis en que se requiere la forma escrita con carácter «ad probationem». Con carácter general, es necesaria la forma escrita para la prueba de los contratos cuyo valor excede de 5.000 liras (al igual que en el Código civil de 1865 se excluye en estos casos la prueba de testigos y la de presunciones –arts. 2.721 y 2.729– aunque se admite la confesión y el juramento decisorio –arts. 2.730 y ss., 2.736 y ss.–)<sup>99</sup> pero existen algunos otros que deben ser probados por escrito con independencia de su valor<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> Vid. *infra*, capítulo V, apart. II, 2, B).

<sup>98</sup> Entre los que pueden citarse, las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (art. 162 y 163 C.c.) que deben hacerse en escritura pública, y la venta de la herencia (art. 1.543 C.c.), la cesión de bienes a los acreedores (art. 1.978,1 C.c.), el contrato de consorcio entre empresarios (art. 2.603.1 C.c.) y el contrato de hipoteca (art. 2.821 C.c.) –que no viene expresamente contemplado en el art. 1.350– para cuya validez basta el documento escrito. En algún caso se requiere una concreta forma para alguna de las cláusulas de un contrato, así, dispone el artículo 1.503,3 C.c. que el pacto de retro en la compraventa de inmuebles debe hacerse por escrito bajo pena de nulidad. Vid. CARIOTA-FERRARA, ob. cit., p. 444; BARBERO, ob. cit., p. 215.

<sup>99</sup> El sistema instaurado en el Código civil de 1942 (arts. 2.721 a 2.739) es muy similar al del Código civil derogado. Al igual que sucedía tras el Código civil de 1865 se discute el ámbito de aplicación del artículo 2.721 que se refiere expresamente sólo a los contratos. Para unos autores la limitación probatoria es extensible a los negocios unilaterales (DE LISE, «Delle prove», en *Comentario teorico-pratico al Codice civile dirigido por De Martino*, libro VI, Della tutela dei Diritti, Roma, 1971, p. 331). Otros mantienen la solución contraria (TARUFFO, «Comentario a los artículos 2.721-2.739 C.c.» en *Commentario al Codice civile*, dirigido por Cendon, vol. VI, Torino, 1991, p. 202).

Con objeto de no ser reiterativos conviene señalar únicamente las diferencias más llamativas respecto del régimen anterior. En primer lugar, es de destacar que las reglas limitativas de la prueba no se consideraran ya de orden público admitiéndose la renuncia de las partes a valerse de ellas y no siendo posible por consiguiente su invocación de oficio (vid. DE LISE, ob. cit., pp. 327, 330; RAVAZZONI, «Considerazioni in tema de forma ad probationem», en *Studi in onore di Giorgianni*, cit., pp. 644 y ss.). De hecho, el párrafo segundo del artículo 2.721 permite a la autoridad judicial que consienta la prueba testifical fuera del límite establecido «teniendo en cuenta la cualidad de las partes, la naturaleza del contrato y toda otra circunstancia». El artículo 2.723 introduce igual facultad judicial cuando se trata de probar por testigos la existencia de un pacto posterior a un contrato documentado por escrito.

Por otra parte, si en el Derecho anterior al Código civil de 1942 la imposibilidad para las partes de probar por testigos la simulación de un contrato celebrado por escrito se deducía de la regla que impedía probar testificalmente cualquier pacto contrario al contenido de un documento, en el Código vigente la prueba de la simulación del contrato viene regulada en el artículo 1.417 C.c. que dispone: «la prueba por testigos de la simulación es admisible sin límites, si la demanda se propone por acreedores o terceros y, si se dirige a hacer valer la ilicitud del contrato disimulado, también si es propuesta por las partes».

<sup>100</sup> El Código dispone expresamente que deben ser probados por escrito el contrato de seguro (art. 1.888), la transacción (art. 1.967) –siempre que no verse sobre relaciones jurídicas comprendidas en el artículo 1.350 C.c., en cuyo caso es necesaria la forma escrita con carácter constitutivo– el contrato por el



A estos últimos sólo les es aplicable, de entre las excepciones a la prohibición de prueba testifical<sup>101</sup>, la relativa a la pérdida del documento<sup>102</sup>.

Interesa señalar que existe una serie de negocios, que la doctrina califica como preparatorios o instrumentales, respecto de los cuales se cuestiona si, cuando se refieren a negocios solemnes, deben celebrarse en la forma requerida para éstos<sup>103</sup>. Así sucede en relación al mandato sin representación, la cesión del contrato y los negocios resolutorios. Con referencia al mandato sin representación para el que –a diferencia del apoderamiento– el Código no prevé ninguna forma específica, la jurisprudencia ha venido estimando que cuando incide sobre derechos reales inmobiliarios (mandato para adquirir o enajenar inmuebles) debe constar por escrito bajo pena de nulidad (art. 1.350 C.c.) por entenderse que en tal caso surge para el mandatario una obligación de transferencia a la que debe aplicarse la regla prevista en el artículo 1.351 C.c. para el contrato preliminar<sup>104</sup>. También estima la jurisprudencia que la cesión de un contrato para el que la ley requiere una determinada forma bajo pena de nulidad –específicamente, la cesión de un contrato que tiene como objeto derechos reales inmobiliarios– debe adoptar la forma prevista para éste<sup>105</sup>. En cuanto a los negocios resolutorios, se piensa que deben revestir la forma de los contratos a que se refieren si provocan los efectos que la ley ha tomado en consideración para imponer dicha forma: por ejemplo, en la medida que se entiende que el artículo 1.350 impone la forma escrita a los con-

---

que se transfiere el derecho de utilización de obras del ingenio («opere dell'ingegno») (art. 2.581,2) y el pacto de no concurrencia entre empresarios (art. 2.596). Vid. STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, traducido y anotado por Santos Briz, Madrid, 1959, p. 212; CARIOTA-FERRARA, ob. cit., p. 453; DISTASO, ob. cit., pp. 534, 535.

<sup>101</sup> Tales excepciones continúan siendo las mismas: existencia de un principio de prueba por escrito, pérdida no culpable del documento e imposibilidad de procurarse la prueba documental. Con referencia a esta última hay que observar que el artículo 2.724 C.c. prevé ya expresamente la imposibilidad moral, anteriormente no prevista en la ley pero reconocida por la doctrina (vid. DE LISE, ob. cit., pp. 339 y ss.).

<sup>102</sup> El artículo 2.725 dispone: «Cuando, según la ley o la voluntad de las partes, un contrato debe ser probado por escrito, la prueba por testigos se admite solamente en el caso indicado en el número 3 del artículo precedente (esto es, pérdida no culpable del documento). La misma regla se aplica en los casos en los que la forma escrita se requiere bajo pena de nulidad.»

<sup>103</sup> La solución es clara en la hipótesis del contrato preliminar y de la concesión de un poder para celebrar un determinado contrato, ya que los artículos 1.351 y 1.392 disponen, respectivamente, que uno y otro deben adoptar la forma requerida para el contrato definitivo o el contrato a concluir. También la ratificación del contrato concluido por el «falsus procuratur» debe realizarse en la forma prescrita para éste (art. 1.399.1).

<sup>104</sup> El artículo 2.932 C.c., precepto que permite la ejecución forzosa en forma específica de la «obligación de concluir un contrato», está pensado para el contrato preliminar pero el artículo 1.706.2 prevé su aplicación a la hipótesis en que el mandatario incumple la obligación de retransferir al mandante el bien adquirido. Se infiere de ello una suerte de equiparación entre la obligación de concluir un contrato nacida del precontrato y la que puede derivarse del mandato sin representación. De ahí que se le aplique el artículo 1.351 que exige para el precontrato la forma requerida para el contrato definitivo.

<sup>105</sup> Vid. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Comentario del Codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, libro 4.º, Bologna-Roma, 1970, p. 419; Sacco, ob. cit., pp. 455, 456; DI PAOLO, ob. cit., p. 174.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

tratos traslativos y constitutivos de derechos reales sobre inmuebles en atención a los efectos reales que producen, los negocios resolutorios relativos a tales contratos requieren la misma forma si provocan una nueva modificación jurídico-real<sup>106</sup>. La exigencia de solemnidades respecto de negocios no contemplados en la ley parece contradecir el principio de libertad de forma. De hecho, hay quien afirma que las reglas que imponen una concreta solemnidad, en cuanto derogatorias del principio general y, por tanto, excepcionales, no son susceptibles de interpretación extensiva ni aplicación analógica<sup>107</sup>. La aplicación a los contratos que acabamos de mencionar de reglas de forma previstas para supuestos diferentes se justifica indicando que la prohibición de la analogía para las normas excepcionales<sup>108</sup> no impide la interpretación extensiva de tales normas cuando se trata sustancialmente de la misma operación económica<sup>109</sup> y que el artículo 1.325.4 coloca la forma entre los requisitos del contrato cuando «resulta» prescrita por la ley bajo pena de nulidad, término éste que induce a pensar que la necesidad de una determinada forma puede ser el «resultado» de una indagación interpretativa de manera que es posible que ciertas prescripciones formales se apliquen a supuestos no expresamente aludidos por la norma cuando, según los criterios de coherencia del sistema, el intérprete deduzca que deben observar la misma forma<sup>110</sup>.

### 3. Derecho alemán

El Código civil alemán no supedita la eficacia de la voluntad negocial a su emisión en una determinada forma. Se afirma, por tanto, que la libertad de forma («Form-freiheit») es la regla general<sup>111</sup>. Existen, no obstante, casos particulares en los que la

<sup>106</sup> Vid. SACCO, ob. cit., pp. 457 y ss. DISTASO, ob. cit., pp. 544 y ss.; SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 417. En consonancia con ello, se dice que la resolución de un contrato de arrendamiento de duración superior a nueve años o de un contrato de sociedad con aportación de bienes en goce por más de nueve años (art. 1.350, 8 y 9) no precisa la forma escrita al no crear ningún derecho personal de duración superior a nueve años y que la revocación del mandato o la resolución de un contrato preliminar relativos ambos a un negocio traslativo o constitutivo de derechos reales sobre inmuebles —en cuanto no provocan una mutación jurídico-real— no tienen que realizarse por escrito (contra, GALGANO, *El negocio jurídico*, trad. por Blasco Gascó y Prats Albentosa, Valencia, 1992, pp. 137, 138).

<sup>107</sup> GIORGIANNI, ob. cit., pp. 1003, 1004; PROSPERI, ob. cit., p. 198.

<sup>108</sup> El artículo 14 de las «Disposiciones sobre la ley en general» (disposiciones preliminares del Código civil) preceptúa que las leyes penales y las que hacen excepción a reglas generales o a otras leyes no se aplican en casos y tiempos distintos de los en ellas considerados.

<sup>109</sup> BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 282.

<sup>110</sup> GALGANO, ob. cit., p. 136; SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 418; SACCO, «La forma in genere», en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por Rescigno, vol. 10, t. 2.º, Torino, 1982, p. 219; CARRESI, *Il contratto*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu-Messineo, t. XXI, 1.º, Milano, 1987, pp. 368 y ss.

<sup>111</sup> VON THUR, *Derecho civil*, II, 2.º, Los hechos jurídicos, el negocio jurídico, trad. argentina, Buenos Aires, 1947, p. 177; ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. 2.º, 1.ª parte,

forma del negocio está predeterminada por la ley<sup>112</sup>. En general se entiende que la exigencia de forma afecta a todo el contrato, incluidos los pactos accesorios, siempre que formen parte del contenido negocial (los contratantes no habrían celebrado el negocio sin ellos)<sup>113</sup>. No obstante, hay en el Código civil alemán algunos supuestos en que la forma se requiere sólo para una de las declaraciones contractuales: la del sujeto que puede verse perjudicado por el negocio y en cuyo favor se impone la solemnidad con el fin protegerle contra la precipitación<sup>114</sup>. Así ocurre en la promesa de donación (contrato obligatorio de donación) que precisa la documentación notarial de la declaración del donante (parágrafo 518)<sup>115</sup>, en el contrato de fianza, en el que debe constar por escrito la declaración del fiador (parágrafo 766) y en el contrato de renta vitalicia, que requiere la declaración escrita del sujeto que se compromete al pago de la renta (parágrafo 761). Fuera de estos casos, la exigencia de forma afecta tanto a la oferta como a la aceptación, así, de acuerdo con el parágrafo 313, el contrato por el que se contrae la obligación de transmitir o adquirir la propiedad de una finca debe hacerse en escritura pública<sup>116</sup>. También el contrato por el que un sujeto se obliga a transmitir o gravar con un usufructo su patrimonio precisa la documentación notarial (parágrafo 311).

Hasta aquí nos venimos refiriendo a contratos obligatorios de carácter causal<sup>117</sup>. Es sabido que en el Derecho alemán existe una radical separación entre los negocios

---

trad. de la 39.ª ed. alemana anotada por Pérez y Alguer, 3.ª ed. al cuidado de Hernández Moreno y Geta-Alonso, Barcelona, 1981, p. 195; FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, Das Rechtsgeschäft, 2.ª ed., Springer-Verlag, New York, Heidelberg, Berlin, 1975, p. 246; FÖRSCHLER, «Comentario al parágrafo 125», en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. I, München, 1978, p. 720; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed., München, 1989, p. 407.

<sup>112</sup> Originariamente en el B.G.B. se consideraban equivalentes la documentación notarial y la judicial –en cuyo caso la voluntad contractual debía ser declarada ante un tribunal, vid. ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., p. 213– proponiéndose en algunos preceptos ambas formas como alternativas (así en los párrafos 518, 313 y 873,2). Tras la Ley de documentación («Beurkundungsgesetz») de 28-8-69 se suprime toda referencia a la documentación judicial de manera que en los casos en que la ley no considera suficiente el documento privado se exige exclusivamente la documentación notarial («notarielle Beurkundung»). El parágrafo 126 que disponía en su número tres que «la forma escrita se suple por la documentación judicial o notarial» sólo alude en la actualidad a la segunda. No obstante, la indicada ley de documentación incorpora un nuevo precepto, el parágrafo 127a, que prescribe que la documentación notarial se sustituye, en la transacción judicial, por la recepción de las declaraciones en el protocolo establecido, conforme a las prescripciones de la Ordenanza procesal civil.

<sup>113</sup> LARENZ, ob. cit., p. 408; HEINRICHS, «Comentario al parágrafo 125», en *Palandt Kommentar zum B.G.B.*, 49.ª ed., München, 1990, p. 94.

<sup>114</sup> FLUME, ob. cit., p. 247; VON THUR, ob. cit., p. 179.

<sup>115</sup> Vid. *infra*, cap. II, apart. II, 3.

<sup>116</sup> Que, según FLUME (ob. cit., p. 247), tiene como finalidad prevenir a ambos contratantes del significado y complejidad del negocio.

<sup>117</sup> Entre los negocios obligatorios de carácter abstracto destacan la promesa de deuda y el reconocimiento abstracto de deuda para los que la ley (párrafos 780 y 781) impone la forma escrita, aunque sólo en relación a la declaración del sujeto que promete o reconoce la deuda.

obligacionales («Verpflichtungsgeschäften») y los negocios dispositivos («Verfügungsgeschäften»). La transmisión de los bienes y derechos se lleva a cabo mediante un negocio dispositivo de eficacia real y de carácter abstracto. Dicho negocio se apoya normalmente en un negocio obligatorio que opera como causa de la atribución. La invalidez o inexistencia del negocio obligatorio que habitualmente precede al negocio de disposición no afecta a la validez de éste, la transmisión será válida, pero el enajenante tendrá un pretensión de enriquecimiento injusto («Bereicherungsanspruch») contra el adquirente. Pues bien, por lo que respecta a los negocios de disposición, hay que decir que la «Einigung» –acuerdo real abstracto dirigido a la producción de una mutación jurídico-real– es, como regla, libre de forma<sup>118</sup>, si bien cuando tiene como objeto la transmisión de una finca («Auflassung»), es preciso, conforme al párrafo 925, que las partes emitan su declaración de voluntad simultáneamente ante la autoridad competente, habitualmente el notario<sup>119</sup>.

La omisión de la forma requerida por la ley ocasiona la nulidad del negocio a no ser que la norma que la imponga prevea otra consecuencia<sup>120</sup> ya que el párrafo 125 dispone, con carácter general, que un negocio que carece de la forma prescrita en la ley es nulo («ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, ist nichtig»)<sup>121</sup>. La doctrina justifica esta norma indicando que sólo de este modo –imponiendo la invalidez del contrato no formal– puede asegurarse la observancia de la prescripción de forma y conseguirse el objetivo perseguido por ella<sup>122</sup>; en otro caso, se dice, toda regla de forma tendría el significado de una mera recomendación deviniendo una «lex imperfecta»<sup>123</sup>.

<sup>118</sup> Aunque este acuerdo es válido cualquiera que sea su forma de celebración, no es vinculante (puede ser revocado) si no se realiza en la forma prevista en el párrafo 873,2. (Vid. *infra*, cap. IV, apart. II,3).

<sup>119</sup> Originariamente el párrafo 925 decía que el acuerdo tenía que ser declarado ante la Oficina del Registro con asistencia simultánea de ambas partes. Tras la Ley de documentación de 28 de agosto de 1969 dispone el indicado precepto que la declaración deberá ser emitida en presencia simultánea de ambas partes ante la autoridad competente («vor einer zuständigen Stelle»), e indica que para la recepción del acuerdo («Auflassung») es competente el notario, sin perjuicio de que lo sean también otras autoridades. Añade que dicho acuerdo puede ser también declarado en una transacción judicial («eine Auflassung kann auch in einem gerichtlichen Vergleich erklärt werden»).

<sup>120</sup> La doctrina enumera, entre las excepciones a la regla de nulidad por falta de forma la hipótesis del contrato de arrendamiento de una finca de duración superior a un año (que, conforme al párrafo 566, debe hacerse por escrito pero que, en ausencia de dicha forma, no es nulo, sino que vale como concluido por tiempo indeterminado, lo que implica que puede ser resuelto al cabo de un año) y la de la cesión de la hipoteca de cédula (el párrafo 1.154 permite que además de realizarse mediante la declaración escrita de cesión y la entrega de la cédula hipotecaria, pueda efectuarse mediante la inscripción de la cesión en el Registro por lo que se dice que la ley ofrece una alternativa para la forma escrita). DILCHER, «Comentario al párrafo 125» en *Staudinger Kommentar zum B.G.B.*, I, 12.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1980.

<sup>121</sup> En su párrafo segundo establece que la falta de la forma determinada por negocio jurídico, en la duda, tiene igualmente por resultado la nulidad.

<sup>122</sup> HELDRICH, «Die Form des Vertrages», en *A. c. P.*, 147, 1941, p. 98; LARENZ, ob. cit., p. 413.

<sup>123</sup> FLUME, ob. cit., p. 276.

Aunque se dice que las normas que imponen exigencias de forma para la validez del negocio tienen carácter excepcional<sup>124</sup>, la doctrina entiende que las reglas de forma son aplicables a supuestos de hecho no comprendidos expresamente en la letra de la ley si, de acuerdo con la finalidad protectora («Schutzzweck») de la norma, deben quedar sujetos a ella<sup>125</sup> y es que, al igual que sucede en el Derecho italiano, la doctrina alemana pone de relieve la necesidad de interpretar los preceptos de forma atendiendo a la finalidad perseguida al establecerlos<sup>126</sup>.

En el Derecho alemán el poder para celebrar un concreto negocio no necesita revestir la forma requerida para el negocio al que se refiere ya que así lo dispone expresamente el parágrafo 167.2<sup>127</sup>. Tampoco la ratificación de un negocio formal precisa la forma de éste (parágrafo 182.2). Los contratos dirigidos a extinguir<sup>128</sup> la relación jurídica derivada de un contrato preexistente pueden hacerse en cualquier forma aunque éste tuviese carácter solemne<sup>129</sup>. También aquellos en que se modifica una convención anterior –aunque ésta requiera una determinada forma– siempre que reduzcan o limiten los derechos y obligaciones dimanantes del contrato. Si los amplían deben efectuarse en la forma requerida para el negocio modificado<sup>130</sup>.

Pese a lo dispuesto en el parágrafo 125, el Código civil alemán prevé, en casos excepcionales, la posibilidad de dotar de eficacia al negocio nulo por falta de forma

<sup>124</sup> FÖRSCHLER, ob. cit., p. 720.

<sup>125</sup> FÖRSCHLER, ob. cit., p. 722.

<sup>126</sup> LARENZ, ob. cit., p. 408.

<sup>127</sup> No obstante, la jurisprudencia limita esta regla en determinadas circunstancias (vid. cap. II, nota 405).

<sup>128</sup> Se utiliza el término «Aufhebung» que puede ser traducido como *resolución* o *rescisión* pero que se refiere en este caso al mutuo disenso.

<sup>129</sup> VON THUR, ob. cit., pp. 189, 190; FLUME, ob. cit., p. 248; FÖRSCHLER, ob. cit., p. 723. En cuanto a la forma del precontrato, vid. *infra*, cap. III, nota 100.

<sup>130</sup> En general se entiende que los pactos accesorios celebrados con posterioridad a la celebración del contrato (solemne) son válidos, aunque no respeten la forma de éste, si limitan el contenido del contrato pero no si lo amplían. En el Derecho alemán no hay ninguna norma, semejante a la existente en el Derecho italiano o francés, que limite las posibilidades de probar la existencia de pactos anteriores o posteriores al contrato –celebrado por escrito– que tengan un contenido contrario o diferente al que resulte del documento. Existe, no obstante, una «presunción de integridad y corrección del documento» («Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde») que implica que, frente a la alegación de pactos anteriores a la redacción del documento que se desvíen del contenido de éste, rige la presunción de que al documentar el contrato se ha modificado el acuerdo anterior. La parte que sostiene que el contenido del documento es inexacto y que los pactos no documentados fueron realmente queridos puede, no obstante, probarlo. Si se prueba que tales pactos debían valer hay que distinguir: si limitan la obligación que origina la necesidad de forma (por ej. la obligación del fiador o la del donante en los supuestos de los parágrafos 766 y 518 B.G.B.) son eficaces. (Hay que advertir que cuando la forma es requerida para todo el negocio –oferta y aceptación– no está tan claro que el pacto no formal que limite alguna de las obligaciones nacidas del contrato –por ej. reducción del precio de la compraventa– sea válido). Si tales pactos no tienen carácter limitativo son nulos por falta de forma. Su nulidad ocasionará la de todo el contrato a no ser que se pruebe que éste habría sido concluido sin la estipulación accesoria (parágrafo 139). VON THUR, ob. cit., pp. 191, 192; FÖRSCHLER, ob. cit., pp. 723, 724, 727; ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., p. 198; FLUME, ob. cit., p. 268.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

mediante su ejecución. El término alemán que designa este fenómeno es «Heilung» que significa «curación» o «sanación» aunque suele ser traducido como «convalidación»<sup>131</sup>. Esta posibilidad sólo se admite cuando viene expresamente prevista en la ley, no siendo aplicable a otros supuestos por analogía<sup>132</sup>. No obstante, con independencia de los casos en que la ley prevé la posibilidad de subsanar la falta de forma de un negocio mediante su cumplimiento, dispone el parágrafo 814 que la ejecución voluntaria de un negocio con conocimiento de su nulidad determina la irrepetibilidad de las prestaciones efectuadas y, por tanto, el mantenimiento de las consecuencias de éste<sup>133</sup>. Una segunda limitación a la nulidad del negocio que establece el parágrafo 125 viene dada por la invocación del principio de buena fe (parágrafo 242 B.G.B.). Aunque el negocio defectuoso formalmente no sea convalidable ni haya sido ejecutado por las partes con conocimiento de su irregularidad, se niega la posibilidad de invocar la nulidad del mismo si ello implica un comportamiento contradictorio con la buena fe, lo que tiene lugar, al decir de la doctrina, cuando sostener la nulidad del negocio conllevaría un «resultado manifiesta o absolutamente intolerable» («Schlechthin untragbar Ergebnis»)<sup>134</sup>. Concretamente, la jurisprudencia sostiene que un contratante no puede invo-

<sup>131</sup> Así, Pérez y Alguer en la traducción a ENNECCERUS-NIPPERDEY, t. I, vol. 2.º, 1.ª parte, cit. Igualmente, Melón Infante en su traducción del B.G.B. (Barcelona, 1955). Hay que advertir, no obstante, que la naturaleza jurídica de esta figura es sumamente discutida. Sobre ello véase el capítulo II, apart. VI.

<sup>132</sup> En el B.G.B. se prevé la convalidación de la promesa de donación defectuosa formalmente (vid. *infra*, cap. II, apart. VI), del contrato no formal por el que se contrae la obligación de transmitir una finca (mediante la realización de la «Auflassung» y la inscripción registral –parágrafo 313–) y del contrato de fianza no celebrado por escrito (cuando el fiador cumple la obligación principal –parágrafo 766–). El parágrafo 1.027,1 Z.P.G.O., prevé además la posibilidad de subsanar la falta de forma del contrato de arbitraje mediante la aceptación del procedimiento arbitral. Vid. ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., p. 199; FLUME, ob. cit., pp. 269, 286; HÄSEMAYER, *Die gesetzliche form der Rechtsgeschäfte, objektive Ordnung und privatautonomie selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft*, Frankfurt am Main, 1971, pp. 91, 106; DILCHER, ob. cit., p. 331. Este autor señala, no obstante, algún caso en que se admite la aplicación analógica.

<sup>133</sup> Dice el parágrafo 814: «Lo entregado con la finalidad de cumplimiento de una obligación no puede ser repetido si el que realiza la prestación ha sabido que no estaba obligado a la prestación». La doctrina estima que este precepto es de aplicación automática cuando se trata de contratos unilaterales, pero debe ser matizado cuando se trata de contratos con obligaciones recíprocas. En este último caso se interpreta que sólo cuando el contratante que realizó inicialmente su prestación obtiene la prestación de la otra parte se excluye la posibilidad de reclamar la devolución de la efectuada, hasta entonces puede exigir su restitución. Si el contrato (sinalagmático) ha sido cumplido por las dos partes, pero una de ellas lo ha hecho sin tener conocimiento de su nulidad –y sólo tiene conocimiento de ella después de la ejecución de la prestación– esta última sí puede exigir la devolución de lo entregado conforme a las reglas del enriquecimiento injusto, pero debe hacer valer inmediatamente la falta de forma pues en otro caso su pretensión de restitución podría ser paralizada por la doctrina de la «Verwirkung». Vid. FLUME, ob. cit., pp. 269, 270, 287; FÖRSCHLER, ob. cit., p. 732.

<sup>134</sup> El problema es, en la práctica, decidir cuándo se está ante un resultado intolerable, advirtiendo algunos autores que la falta de criterios objetivos para su determinación y la consiguiente dependencia de la solución del arbitrio judicial puede ser contraria a la seguridad jurídica. En general se entiende que se está ante un resultado de tales características cuando las correspondientes pretensiones de enriquecimiento injusto y las pretensiones de indemnización por daños no bastan para equilibrar la situación ocasionada. DILCHER,

car la nulidad cuando premeditada o negligentemente ha ocasionado en la otra parte el error acerca de la no solemnidad del negocio<sup>135</sup>, ni puede invocar la falta de forma si con ello contradice el sentido general de sus anteriores actos<sup>136 137</sup>.

Tanto en la hipótesis del parágrafo 814, como en la que no se producen las consecuencias de la nulidad por aplicación del principio de buena fe, se obtiene un resultado semejante al de la convalidación del negocio nulo por falta de forma. La doctrina insiste, sin embargo, en que debe evitarse toda equiparación con esta última figura. El hecho de que se mantenga la eficacia del contrato —bien porque devengan inadmisibles las pretensiones de restitución (parágrafo 814), bien porque quede impedida la posibilidad de invocar su nulidad (parágrafo 242)— no significa que el negocio sea válido como si se hubiese celebrado en la forma adecuada. En relación a la segunda hipótesis se observa, en concreto, que el contratante que ha actuado en contra de la buena fe en ningún caso puede exigir al otro el cumplimiento en consideración a su propio comportamiento desleal (solamente pierde la posibilidad de hacer valer la nulidad)<sup>138</sup> y que

---

ob. cit., pp. 331, 334; FÖRSCHLER, ob. cit., pp. 731, 735, 736; LARENZ, ob. cit., pp. 414; REINICKE, «Formvorschrift, Treu und Glauben und Schadenersatz», en *M.D.R.*, 1954, t. 8, p. 642.

<sup>135</sup> De acuerdo con la opinión jurisprudencial, cuando una parte concluye un negocio sin la forma requerida, a sabiendas de la necesidad de forma, y sabe o calcula que la otra parte confía en la validez del negocio, contraviene de modo flagrante el principio de buena fe. La jurisprudencia no distingue a estos efectos si el que una parte confíe erróneamente en la validez del negocio se debe a un comportamiento doloso o negligente del contratante que conoce la necesidad de forma, en ambos casos estima que la parte que desconocía la prescripción formal puede exigir el cumplimiento.

La doctrina, sin embargo, distingue según que exista dolo o culpa. En el primer caso se afirma que la invocación del defecto de forma por el contratante doloso ha de ser impedida con base al parágrafo 242 (principio de buena fe). El negocio debe ser considerado como válido y la parte que actuó de buena fe tiene una pretensión al cumplimiento («Erfüllungsanspruch»). Algunos autores señalan además que cabe indemnización por daños con base al parágrafo 826 (que la impone en aquellos casos en que se cause un daño a otro dolosamente), si bien ésta no procede cuando se opta por exigir el cumplimiento. En cambio, cuando el error del otro contratante se debe a un comportamiento meramente negligente del que conoce la necesidad de forma, estima la doctrina que el negocio ha de ser mantenido como ineficaz y sólo cabe una pretensión de indemnización por «culpa in contrahendo» en beneficio del contratante dañado. Esta pretensión tiene carácter pecuniario («Geldanspruch») y consiste en el pago del interés negativo. REINICKE, ob. cit., p. 644; FLUME, ob. cit., pp. 280 y ss.; FÖRSCHLER, ob. cit., p. 737; DILCHER, ob. cit., pp. 331, 332. HEINRICHS, ob. cit., p. 96.

<sup>136</sup> Por ejemplo, si una parte ha ejecutado su prestación ignorando el carácter irregular del negocio, y la otra, con conocimiento de su nulidad, la acepta, no puede luego ésta última impugnar el negocio. Cuando uno de los contratantes se ha venido aprovechando de las ventajas del negocio su impugnación posterior vulnera la prohibición del «venire contra factum proprium». Cfr. ENNECCERUS-NIPPERDEY, ob. cit., p. 199, nota 16, p. 201; REINICKE, ob. cit., p. 642.

<sup>137</sup> Hay que advertir que cuando ambas partes conocen la necesidad de forma del negocio y lo concluyen en inobservancia de ésta porque una de ellas promete a la otra cumplirlo aunque no se ajuste a la forma requerida en la ley, ésta última ha de soportar las consecuencias de que no se respete la palabra dada. No cabe aquí invocar el principio de buena fe contra la alegación del defecto de forma porque el que aceptó celebrar el contrato sin la forma requerida conoce el riesgo a que se somete y que, en definitiva, está sujeto a la voluntad de la otra parte. FLUME, ob. cit., pp. 279, 289; FÖRSCHLER, ob. cit., p. 736.

<sup>138</sup> FÖRSCHLER, ob. cit., p. 735.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

la pretensión al cumplimiento que ostenta el contratante frente al que dolosamente causó el error acerca de la no necesidad de forma no tiene carácter contractual sino que deriva de la responsabilidad individual del autor del engaño<sup>139</sup>.

### III. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE FORMA CONTRACTUAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. LOS ARTÍCULOS 1.278 Y SIGUIENTES DEL C.C.

#### 1. Antecedentes históricos

##### A) LAS PARTIDAS Y EL ORDENAMIENTO DE ALCALÁ

En Las Partidas, al igual que sucedía en el Derecho romano, no existía un concepto general de contrato. Se aceptó en este cuerpo legal la clasificación romana que dividía los contratos en nominados e innominados. La Partida V estaba destinada a regular los contratos («pleytos») que en el Derecho romano se consideraban nominados –aunque no se les da expresamente tal calificación<sup>140</sup>– aludiendo la ley 6.<sup>a</sup> del título VI de la indicada Partida (título en el que se regula la permuta) a los contratos «que son llamados en latín contractos innominatos que han semejanza co el cambio». El mero pacto, esto es, «toda convención destituida de nombre, y causa civil determinada»<sup>141</sup>, carecía de fuerza obligatoria. No obstante, dado que en Las Partidas se regulaba el contrato de «promission», análogo a la antigua estipulación romana, cualquier compromiso podía devenir obligatorio si se asumía verbalmente empleando la fórmula prevista para el mismo<sup>142</sup>.

La publicación en 1348 del Ordenamiento de Alcalá supuso la alteración de este sistema. La ley única, título XVI del O.A., posteriormente incorporada a la Novísima

---

<sup>139</sup> FLUME, ob. cit., pp. 282, 270, 278.

<sup>140</sup> Se regulan en la Partida V, el mutuo, comodato y depósito (tít. I, II y III), el contrato de prenda (tít. XIII) –que abarcaba lo que en la actualidad se conoce como prenda e hipoteca y no se configuraba por tanto como contrato real (vid. *infra*, cap. III)– y los contratos de compraventa, arrendamiento, sociedad, y mandato (tít. V, VIII, X y XII, respectivamente) además de la donación (tít. IV) que no existía como tal contrato en el Derecho romano clásico.

<sup>141</sup> Cfr. ASSO y MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1780, p. 255.

<sup>142</sup> A tal contrato se dedica el título 11 de la Partida quinta. Según la P. 5, 11, 1, *promission* es «otorgamiento que fazen los omes unos con otros: por palabras; e con entencion de obligarse aviniendose sobre alguna cosa cierta que deven dar o fazer unos a otros... E fazese desta manera, estando presentes amos los que quiere fazer el pleyo de la promission, e diziendo el uno al otro, prometesme de dar o de fazer tal cosa, diziendola señaladamente; e el otro respondiendo que sipromete, o que lo otorga de cumplir. E respondiendo por estas palabras, o por otras semejantes dellas finca por ende obligado, e es tenudo de cumplir lo que otorga, o promete de dar o de fazer...».



Recopilación (libro X, tít. I, ley 1.<sup>a</sup>) –cuyo contenido suele condensarse en la conocida frase según la cual «de cualquier modo que el hombre quiera obligarse queda obligado»– dispuso lo siguiente: «Paresciendo que se quiso un ome obligar a otro por promission, o por algund contracto o en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos a quienes se obligó... mas que sea valedera la obligación o el contracto que fuesen fechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar a otro a fazer contracto con el»<sup>143</sup>. Como puede observarse, esta ley vino a otorgar fuerza obligatoria al consentimiento aunque no se observaran las formalidades propias del contrato de «promission»: era indiferente la forma de manifestación del consentimiento, pues éste era en cualquier caso vinculante. La ley única, título XVI del Ordenamiento de Alcalá tuvo dos importantes consecuencias ligadas entre sí: por un lado, dado que ya no era necesario emplear la forma solemne de la «promission» para dar fuerza obligatoria a cualquier pacto, desaparece la diferencia entre pacto y contrato<sup>144</sup>. A partir de esta ley la eficacia obligatoria del contrato encuentra su fundamento en el consentimiento, no siendo necesaria la existencia de una «causa civilis obligandi» nominada o innominada<sup>145</sup>. Por otro lado, y en la medida que el consentimiento devino eficaz aun desprovisto de toda solemnidad, vino a instaurar el principio de libertad de forma en materia contractual<sup>146</sup>, vigente hasta nuestros días.

<sup>143</sup> Vid. GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, p. 150, nota 14, que recoge las sucesivas variantes que va sufriendo la redacción de esta norma en los distintos cuerpos legales en que se incluye.

<sup>144</sup> Así, dicen ASSO y MANUEL, ob. cit., p. 255, después de indicar que las convenciones se dividen en pactos y contratos: «Hoy día se confunden los pactos con las estipulaciones de los romanos, por cesar aquellas solemnidades usadas entre ellos... entre nosotros todo pacto toma su fuerza del convenio y consentimiento de las partes, el qual de qualquier modo que uno parezca obligarse se debe guardar.»

ROMERO y GINZO, *Sala Novisimo o Nueva Ilustración del Derecho real de España*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1843, p. 272, indicaba igualmente que si en el Derecho romano las palabras formales y solemnes que eran necesarias para la estipulación «hacían distinguir la estipulación del nudo pacto», en España «la misma obligación produce el pacto serio promisorio que la estipulación y ésta que aquél». En el mismo sentido, ALVAREZ, *Instituciones de Derecho real de España*, t. I, Madrid, 1829, p. 42.

Hay que advertir, no obstante, que algún autor como MORATÓ, *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Valladolid, 1877, pp. 370 y ss., consideró que no debía suprimirse toda distinción entre la estipulación («promission») y el pacto, debiendo mantenerse aquella denominación para el contrato por el cual un sujeto se comprometía frente a otro en la forma ritual prevista en Las Partidas –aunque dicha forma ya no fuese necesaria para la obligatoriedad del convenio– y considerándose pactos a todas aquellas convenciones en las que se asumía una «promesa de futuro» de cualquier otro modo.

<sup>145</sup> Señala GETE-ALONSO, *Estructura...*, cit., pp. 165 y ss.; 174 y ss., que, aunque tras la ley del O.A. los autores continuaron dividiendo los contratos en nominados e innominados, tales categorías devienen meramente conceptuales o gramaticales. Los contratos innominados eran obligatorios antes de que se ejecutara la prestación prometida, pues devinieron consensuales, la nota de la *nominación* quedó así convertida en pura fórmula gramatical de designación, acercándose el concepto de contratos innominados al que se le atribuye actualmente: contratos atípicos.

<sup>146</sup> En este sentido decían ASSO y MANUEL, ob. cit., p. 257, que «la obligación debe cumplirse de cualquier modo que conste lo pactado, aunque no intervenga ni estipulación, ni Escribano. Y así cesan en

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

No obstante lo dispuesto en dicha ley, existían algunos contratos que debían celebrarse en cierta forma: la donación debía hacerse por escrito con aprobación judicial cuando excedía de 500 maravedíes de oro<sup>147</sup>. El contrato de esponsales debía celebrarse en escritura pública para que fuese eficaz<sup>148</sup> y el pacto por el que se estipularan rentas o intereses por causa de préstamo resultaba nulo si no constaba por escrito (art. 2 de la Ley 7-3-1856)<sup>149</sup>.

Por otra parte, desde la publicación del Cuaderno de Alcabalas en 1491 se venía exigiendo que la compraventa de inmuebles se celebrara en escritura pública con la finalidad de impedir la ocultación de la celebración de tales contratos y la merma del impuesto correspondiente<sup>150</sup>. Tras la publicación de la Ley Hipotecaria de 1861 la documentación en escritura pública devino además necesaria para permitir la inscripción de los contratos traslativos y constitutivos de derechos reales inmobiliarios en el Registro. La jurisprudencia venía entendiendo a la vista de ello, en relación a la compraventa de inmuebles, que, si bien el contrato de compraventa se perfeccionaba una vez prestado el consentimiento en cualquier forma, los contratantes tenían desde ese momento «el derecho recíproco de pedir que se lleve a efecto (el contrato) y reduzca a escritura pública»<sup>151</sup>. Respecto a la ley 6, título V, de la Partida quinta, que se refería al supuesto en que las partes pactaban que la venta debía

---

nuestro derecho las solemnidades exteriores... pudiéndose decir verdaderamente que en España pende la obligación más de la buena fe de los contrayentes, que de las solemnidades del pacto obligatorio, que aun siendo nudo, y sin escritura, produce obligación».

<sup>147</sup> *Infra*, cap. II, apart. I, 2.

<sup>148</sup> La ley 18, tít. 2.º, libro X de la Novísima Recopilación disponía: «En ningún Tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas según los expresados requisitos, y *prometidos por escritura pública*. Y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales o mixtos sino como puramente civiles».

<sup>149</sup> Además, los contratos celebrados por españoles residentes en el extranjero debían reunir ciertos requisitos formales previstos en el Real Decreto de 17 de octubre de 1851 para que fuesen válidos, y los celebrados por las corporaciones, pueblos, provincias o, en general, por el Estado, debían atenerse a lo preceptuado en determinadas leyes especiales y disposiciones administrativas. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV, reimp. ed. 1869, Valladolid, 1988, p. 50; VISO, *Lecciones elementales de Derecho civil*, t. III, 6.ª ed. rev. por Salom y Puig, Valencia, 1889, p. 41; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.ª ed., Madrid, 1899, pp. 218, 219.

<sup>150</sup> La ley XIV, tít. XII, libro X de la Novísima Recopilación reproduce esta disposición: «Porque los recaudadores de las alcabalas no reciban daño en la ocultación de las ventas de los bienes raíces... mandamos, que cualesquier vendidas, y trueques y enagenamientos que se ficiere de bienes raíces, se hagan ante los Escribanos del Número de las ciudades, villas y lugares donde y en cuyo término estuvieren las heredades que se vendieren...».

La alcabala, según indica ROMERO y GINZO, ob. cit., p. 209, era «el impuesto de diez por ciento, o cómo dicen otros, de uno por diez, del valor de las cosas que se venden o permutan. En las ventas la paga el vendedor, y en las permutas cada uno de los permutantes a proporción de lo que da».

<sup>151</sup> Así, Sentencias de 30 de junio de 1854, 11 de abril de 1864 y 16 de noviembre de 1869. Especialmente significativa es la de 27 de mayo de 1856 que dice: «considerando que por ser indispensable en el actual estado de nuestra legislación la escritura pública en las ventas de inmuebles para su eficacia, es visto

celebrarse en escritura pública<sup>152</sup>, afirmaba el Tribunal Supremo que la escritura sólo tenía carácter de requisito constitutivo cuando las partes supeditaban expresamente la perfección de la venta al otorgamiento de la escritura, pudiendo, en otro caso, reclamarse la documentación del contrato tras su celebración<sup>153</sup>. La posibilidad de los contratantes de compelerse al otorgamiento de la escritura una vez prestado el consentimiento en cualquier forma, se reconocía por la doctrina y la jurisprudencia del siglo XIX en relación a otros contratos como el de censo reservativo<sup>154</sup> y, en general, a los contratos constitutivos y traslativos de derechos reales que precisaban la documentación para ser inscritos en el Registro<sup>155</sup>. Como se verá más adelante, también en relación al contrato de enfiteusis, respecto del cual algunos autores consideraban la forma pública requisito necesario para reclamar en juicio su cumplimiento, se admitía esta posibilidad afirmándose que, dado que el convenio era válido desde la prestación del consentimiento, las partes tenían una acción personal para reclamar el otorgamiento de la correspondiente escritura<sup>156</sup>.

#### B) PROYECTO DE 1836

En el Proyecto de 1836, en consonancia con el principio espiritualista que regía en el Derecho castellano desde la publicación del O.A., se reconoció la eficacia obligatoria de todo convenio. El artículo 962 de dicho Proyecto dispuso que «todos los contratos, ya tengan nombre propio, ya sean innominados, producen obligación y están sujetos a las reglas generales». Aunque, conforme a dicho principio, en el Proyecto de 1836 no se exigió que el consentimiento se expresara en una determinada forma para la validez del contrato, se estableció, sin embargo, en ciertos casos, la necesidad de forma escrita con carácter «ad probationem». En su Exposición de Motivos se decía que si bien la ley 1.<sup>a</sup>, título I, libro X de la Novísima Recopilación (que recogió la ley única, tít. XVI del O.A.) redujo todos los contratos a la clase de consensuales, no quiso decir dicha ley «que sea válida una obligación de cualquier modo que se pruebe, lo cual sería absurdo, porque la prueba ha de ser legal y sufi-

---

que la obligación que produce este contrato consensual, respecto a los que lo celebran, de entregar el uno la casa y pagar el otro el precio, envuelve la de prestarse entrambos al otorgamiento de dicha escritura, porque el que quiere un fin, quiere los medios necesarios para conseguirlo».

<sup>152</sup> Disponía dicho precepto: «Compra e vendita se puede fazer en dos maneras. La una es con carta, e la otra sin ella. E la que se faze por carta, es quando el comprador dize al vendedor, quiero que sea desta vendita, carta fecha. E la vendita que desta fuisa es fecha maguer se avengan en el precio, el comprador, e le vendedor, no es acabada, hasta que la carta sea fecha, e otorgada, por que ante desto puedese arrepentir quialquier dellos».

<sup>153</sup> Sentencias de 20 de febrero de 1861, 14 de diciembre de 1861 y 30 de mayo de 1873.

<sup>154</sup> Así, la Sentencia de 4 de marzo de 1874, relativa a un contrato de censo reservativo celebrado en documento privado cuya formalización en escritura pública, junto con el pago de las pensiones atrasadas, solicitó el censalista.

<sup>155</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pp. 711, 713, 941, etc.

<sup>156</sup> *Infra*, cap. IV, apart. I, 2.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

ciente; sino que basta la testimonial y no es necesaria la escritura, ni cierta solemnidad de palabras, ni la entrega de la cosa para que la obligación produzca sus efectos, probado que sea el consentimiento de los contratantes por los medios que establece la ley». Por ello, y «para afianzar la prueba de modo más estable» se exigió para ciertos contratos el otorgamiento de la escritura pública o privada, bastando en otros la prueba testimonial<sup>157</sup>. Así, estableció el artículo 963 que «en todos los contratos por cuyo medio se traspasan bienes raíces de una mano a otra, se requiere como prueba del contrato escritura pública o un instrumento privado hecho a presencia de tres testigos y firmado por éstos y los contratantes, salvo los casos en que la ley exige precisamente escritura pública como una formalidad necesaria para la solemnidad del acto»<sup>158</sup>. En los casos en que era necesaria la prueba documental del contrato conforme al artículo 963, no era admisible la prueba de testigos (art. 2.184)<sup>159</sup>, ni la de presunciones (art. 2.184)<sup>160</sup>, ni la confesión extrajudicial realizada verbalmente (art. 2.100)<sup>161</sup>. No se excluía, sin embargo, la posibilidad de acudir a la confesión judicial<sup>162</sup>.

### C) PROYECTO DE 1851

El repetido principio espiritualista instaurado en el O.A. que, como se ha dicho, operó en dos ámbitos –supresión de la causa civil de obligar en cuanto se reconoce eficacia obligatoria al mero consentimiento no nominado y consagración del principio de libertad de forma– aparece plasmado en el Proyecto de 1851 sólo en el sentido primeramente indicado («Todos los pactos obligan al cumplimiento de lo pactado» –art. 974–, «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento» –art. 978,1–). No existía sin embargo ningún precepto que impusiera la regla general de libertad de forma, es más, los artículos 1.002 y 1.003 establecían determinadas exigencias formales para ciertos contratos.

---

<sup>157</sup> Vid. la Exposición de Motivos del Proyecto, en *Crónica de la Codificación española*, de LASSO GAITE, 4, *Codificación civil*, vol. II, Madrid, 1979, p. 101.

<sup>158</sup> Así parece que se exigía para la compraventa de inmuebles. El artículo 1.014 preceptuaba: «La ley no exige como formalidad necesaria para la validez del contrato de venta que se haga su otorgamiento en escritura pública ni privada, a menos que fuere de bienes raíces, según lo dispuesto en el artículo 963». El artículo 1.015 añadía: «Si los bienes vendidos fueren muebles, bastará para hacer constar el consentimiento de los contratantes, que éste se haya expresado ante dos testigos idóneos».

<sup>159</sup> Art. 2.184: «En ningún caso en que la ley exija la escritura pública o privada para acreditar las obligaciones contraídas, tendrá valor la prueba de los testigos, a menos que se justifique la pérdida del documento ocurrida por caso fortuito, o que el acreedor no hubiere podido conseguirlo del deudor».

<sup>160</sup> Art. 2.198: «Las presunciones de hecho sólo son admisibles en los casos en que la ley admite la prueba testimonial; a menos que la obligación o negocio sobre que se litiga sea impugnado por causa de dolo o de mala fe».

<sup>161</sup> Art. 2.100: «La confesión extrajudicial que se hace verbalmente, es inadmisibile como prueba en todos los casos en que fuere necesaria la prueba por escrito».

<sup>162</sup> El juramento decisorio que, como sabemos, en el Derecho francés e italiano es un medio de prueba independiente de la confesión judicial, se consideró en el Proyecto de 1836 como una modalidad de ésta. Disponía el artículo 2.094: «La confesión judicial puede verificarse [...]. 2.º Por medio del juramento decisorio, que tiene lugar cuando una de las partes se remite al juramento de la otra, obligándose a pasar por lo que en él asegure [...]».

El artículo 1.002 disponía: «Toda obligacion que tenga por objeto una cosa o cantidad de valor de cien o mas duros, debe redactarse por escrito; y únicamente podrá probarse por otros medios en los casos señalados en el capítulo 7 de este título»<sup>163</sup>. Aunque el citado artículo se refería a las obligaciones en general, aclaraba GARCÍA GOYENA que sólo era aplicable a las derivadas de contratos<sup>164</sup>. Esta norma procedía del artículo 1.341 del Código de Napoleón –que excluía la prueba de testigos para los negocios que superasen cierto valor– y es que en el Proyecto se tomó como base el sistema francés, que ya conocemos, en torno a la «prueba de las obligaciones»<sup>165</sup>, pese a la oposición de GOYENA que entendía que ello suponía una no conveniente alteración de la legislación española vigente<sup>166</sup>. En la hipótesis del artículo 1.002, es decir, cuando el objeto del contrato superaba el valor de 100 duros, la forma escrita era necesaria para la prueba de éste: al igual que en el Código civil francés –y a semejanza de lo previsto en el Proyecto de 1836– se excluía la prueba de testigos (art. 1.220)<sup>167</sup> y la de presunciones (art. 1.225)<sup>168</sup>, pero era admisible la de confesión<sup>169</sup>.

<sup>163</sup> Continuaba diciendo el precepto, «Esta disposicion es aplicable a cualquier acto, por el que se otorgue la liberacion o descargo de una obligacion de la misma cuantía. Exceptuánse (sic.) de lo dispuesto en este artículo las obligaciones consumadas por ambos contrayentes en el acto de contraerlas».

<sup>164</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, reimp., Barcelona, 1973, p. 38.

<sup>165</sup> GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 36, cita, entre las fuentes de este artículo, además del artículo 1.341 francés, otros preceptos semejantes a éste, como el artículo 1.454 sardo, el 1.954 holandés, 1.295 napolitano, etc.

<sup>166</sup> GARCÍA GOYENA, ob. cit., pp. 37, 38, decía en su comentario al artículo 1.002 que, mientras los legisladores franceses no habían hecho más que conservar la tradición histórica instaurada por la Ordenanza du Moulins de 1566, la introducción de tales reglas en el Derecho español eran una novedad poco conveniente especialmente si se tenía en cuenta que «en nuestro pueblo es harto común el no saber escribir». A pesar de sus objeciones triunfó el criterio de la Comisión que «tan solo convino en subir a dos mil reales la cantidad que era de mil en el artículo primitivo».

<sup>167</sup> Decía el artículo 1.220: «No se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que hubiera debido consignarse en *instrumento público o privado*».

Esta disposición es aplicable al caso en que el capital de la demanda, reunido al importe de los intereses, asciende a cien duros o más.

Tampoco se admitirá prueba de testigos para acreditar una cosa diferente del contenido en los instrumentos, ni para justificar lo que se hubiere dicho antes, al tiempo o después de su otorgamiento, aunque se trate de una suma o valor de menos de cien duros».

El artículo 1.220 procede, al igual que el artículo 1.002, del artículo 1.341 francés, aunque incluye en su segundo párrafo la regla contenida en el artículo 1.342 del Code. En su comentario al artículo 1.220 decía GOYENA, ob. cit., p. 251: «conviene ver lo que he espuesto en el citado artículo 1.002, *cuya principal disposicion se reproduce en este*» (la cursiva es nuestra).

En los artículos 1.223 y 1.224 se establecían las mismas excepciones que en el Código civil francés a la inadmisibilidad de la prueba de testigos: existencia de un principio de prueba por escrito, imposibilidad de obtener una prueba instrumental de la obligación y pérdida del título documental a consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor.

<sup>168</sup> El artículo 1.225 disponía en su inciso segundo «Las presunciones de la última clase o judiciales no están sujetas a otras reglas que las del criterio humano, y no son admisibles sino en los casos en que tiene lugar la prueba testimonial».

<sup>169</sup> Decía el artículo 1.232: «La confesión judicial, aunque no haya principio de prueba por escrito tiene lugar en todos los casos, menos en los comprendidos en el art. 1.202».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Por lo que respecta al artículo 1.003, enumeraba una serie de negocios que debían redactarse en escritura pública, pero no establecía ninguna sanción para la inobservancia de dicha forma<sup>170</sup>. El artículo 985.5 del Proyecto incluía entre los requisitos del contrato «la forma o solemnidad requerida por la ley». Ahora bien, de ello no puede deducirse que siempre que en el Proyecto se exigía una determinada forma, aunque su omisión no se sancionase expresamente con la nulidad del contrato, ésta tenía carácter «ad solemnitatem»<sup>171</sup>. En tal caso habría que concluir entendiendo que todos los contratos que, según el artículo 1.002, debían constar por escrito eran contratos solemnes —lo que no es cierto— y carecerían de aplicación los artículos 1.220 y siguientes del Proyecto en los que se regulaban los medios de prueba admisibles, a falta de documento, cuando un contrato debía haberse celebrado en documento privado o en escritura pública<sup>172</sup>. La regla contenida en el artículo 985.5 del Proyecto ha de entenderse que se refería a la forma requerida por la ley para la validez del contrato. Partiendo de esta premisa hay que ver si existían en el Proyecto otros preceptos de los que deba inferirse que la escri-

---

Respecto a la confesión extrajudicial, el artículo 1.229 preceptuaba: «La confesión extrajudicial, y puramente verbal, es ineficaz en todos los casos en que no es admisible la prueba testimonial».

<sup>170</sup> Disponía el artículo 1.003: «Deben redactarse en escritura pública:

1.º Los contratos que tengan por objeto la transmision de bienes inmuebles en propiedad ó en usufructo ó alguna obligacion ó gravámen sobre los mismos.

2.º Las particiones de herencias, cuyo importe pase de 500 duros, ó en las cuales haya bienes inmuebles, aunque sea inferior á dicha cantidad.

3.º El contrato de sociedad, cuando esta sea universal; y cuando sea particular, si es de valor de cien ó mas duros, ó alguno de los bienes aportados son inmuebles.

Esto mismo regirá para la prorogacion de dicha sociedad cuando hubiere sido constituida por tiempo determinado.

4.º Los arrendamientos de bienes inmuebles por seis ó mas años.

5.º Las capitulaciones matrimoniales, la constitucion y aumento de la dote y la carta de pago dotal, siempre que la cuantía de cualquiera de estos actos esceda de 200 duros.

6.º Las donaciones, con arreglo á lo prescrito en el artículo 946.

7.º Los censos y la constitucion de renta vitalicia.

8.º La cesion, repudiacion y renuncia de derechos hereditarios ó de la sociedad conyugal.

9.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos, y los especiales que deban presentarse en juicio: el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado ó que deba redactarse en escritura pública ó en que tenga interes un tercero.

10.º Las transacciones sobre la cuantía de cien ó mas duros, ó siempre que recaiga sobre bienes inmuebles.

11.º La cesion de acciones ó derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública.

12.º Todos, y cualesquiera otros actos que sean accesorios, explicatorios, derogatorios o modificativos de contratos redactados en escritura pública.

13.º Los pagos de la obligacion consignada en escritura pública, á escepcion de los parciales y de todos los relativos á intereses, alquiler, renta, cánon y otras anualidades».

<sup>171</sup> Así parece entenderlo DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 281, 288. En el mismo sentido, DE LOS MOZOS, «La forma del negocio jurídico», en *ADC*, 1968, p. 759, nota 61; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *Doctrina general del contrato*, Barcelona, 1978, p. 157.

<sup>172</sup> Vid. nota 167.

tura pública exigida en el artículo 1.003 era requisito «ad solemnitatem» de los contratos en él enumerados. El artículo 1.202 del Proyecto disponía que «la falta de escritura pública no puede suplirse con ninguna otra prueba en los casos en que la ley requiere espresamente esta solemnidad, aunque las personas contratantes se hayan obligado a otorgar dicha escritura y se hayan impuesto cualquier pena, la cual no podrá exigirse», y el artículo 1.232, que permitía la confesión judicial en los supuestos en que no era admisible la prueba de testigos conforme al artículo 1.002 –cuando el contrato debía constar en documento privado– negaba tal posibilidad en los casos «comprendidos en el artículo 1.202», esto es, cuando la forma exigida por la ley era la escritura pública y no meramente el documento privado. De ambos preceptos podría deducirse que siempre que se requería la forma pública para un determinado negocio (no así cuando se requería únicamente el documento privado), ésta era requisito constitutivo del mismo; de ahí que no fuera admisible otra prueba que la documental para demostrar su existencia. Sin embargo, aunque esta conclusión viene aparentemente corroborada por lo dispuesto en el artículo 1.001 –«cuando la ley exige espresamente una forma determinada para cierta especie de obligaciones, no serán estas válidas, si se otorgaren en una forma diferente»–, resulta desvirtuada por lo afirmado por GARCÍA GOYENA en su comentario al indicado precepto. Decía el mencionado jurista: «Pero ¿no podrá recurrirse al juramento decisorio para probar la existencia del convenio y obligar a que se estienda en la forma prevenida por la ley? Yo entiendo que sí, a pesar de nuestro artículo 1.202, y que este es el sentido del artículo 1.358 Frances, seguido por todos los Códigos»<sup>173</sup>. Es de notar que en el Proyecto no aparecía regulado entre los medios de prueba de las obligaciones el juramento decisorio. GARCÍA GOYENA justificaba este hecho indicando que este tipo de prueba no era usada apenas en la práctica, por lo que no tenía sentido «consignar en el Código un título sin aplicación». «La parte que tiene el recurso de la confesión –continuaba GOYENA– y posiciones en cualquier estado del pleito y con la protesta de no estar a ellas mas que en lo favorable ¿será tan necia que apele al juramento decisorio?»<sup>174</sup>. Pese a ello, en su comentario al artículo 1.001 decía que podía acudir a este medio de prueba cuando el negocio no constaba en la forma requerida en la ley, supuesto éste en que, según el indicado precepto, «la obligación» no era válida. Como se recordará, en el Derecho francés –así como en el italiano– el juramento decisorio opera fundamentalmente en aquellas hipótesis en que la parte carece de todo medio de prueba de la existencia del contrato pero éste es válido (no se admite respecto de negocios solemnes). Ello implica que, pese a la dicción del repetido artículo 1.001, la sanción correspondiente a la falta de forma no podía ser, con carácter general, la nulidad del negocio. Lo afirmado por GARCÍA GOYENA en relación al artículo 1.001 del

<sup>173</sup> GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 36.

<sup>174</sup> Ob. cit., p. 248.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Proyecto sólo tiene sentido entendiendo que, si bien los contratantes difícilmente acudirían al juramento decisorio cuando podían hacer uso de la prueba de confesión –lo que era posible, en virtud del artículo 1.232, cuando el contrato debía constar en documento privado– aquél adquiriría virtualidad precisamente cuando dicha prueba no era admisible, es decir, en las hipótesis del artículo 1.202: cuando el negocio debía constar en escritura pública y no meramente en documento privado.

En nuestra opinión, de lo expuesto se deduce que ni del artículo 985.5, ni del artículo 1.001 del Proyecto puede extraerse una regla general en base a la cual la forma requerida por la ley fuera siempre requisito constitutivo del contrato. En tal caso carecería de sentido que se admitiera la posibilidad de hacer uso del juramento decisorio para probar la existencia del convenio no documentado y, en caso de que las partes así lo hubiesen estipulado, obligar a documentarlo.

Por consiguiente, no puede estimarse, a nuestro modo de ver, que todos los contratos comprendidos en el artículo 1.003 del Proyecto precisaran la escritura pública como forma «ad solemnitatem». No hay duda de que algunos de los contratos recogidos en el indicado artículo tenían carácter solemne (donación, capitulaciones matrimoniales) ya que en otros preceptos (arts. 942, 1.242) venía sancionada la omisión de la forma pública con su nulidad –en estos casos sí era la forma requisito esencial del contrato como disponía el art. 985.5–. Pero, fuera de estos supuestos, parece que la inobservancia de dicha forma traía como consecuencia, únicamente, la imposibilidad de probar la existencia del contrato –a no ser que se acudiera al juramento decisorio– y la consiguiente inexigibilidad en juicio de las obligaciones de él derivadas<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> Como se verá en el capítulo correspondiente al contrato de sociedad, de los comentarios de GARCÍA GOYENA al número 3 del artículo 1.003 y a otros preceptos se infiere que la forma requerida en el artículo 1.003.3 para el contrato de sociedad universal o el de sociedad particular de valor de cien o más duros, o con aportación de inmuebles, tenía carácter «ad probationem».

La necesidad de escritura pública para alguno otro de los actos comprendidos en el artículo 1.003 también parece responder a una función probatoria. Así sucede en relación al contrato de transacción de valor superior a 100 duros o recayente sobre inmuebles, recogido en el número 10 del artículo comentado, en el que la exigencia de la forma pública tenía como fin, según GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 40, «asegurar de un modo auténtico y permanente las transacciones ganadas, porque ponen fin á dudas y pleitos».

La necesidad de que los pactos accesorios, derogatorios o modificativos de contratos redactados en escritura pública (art. 1.003.12) constaran también en dicha forma, coordina con la regla francesa (recogida en el artículo 1.220 del Proyecto) que impedía probar por testigos los pactos accesorios o modificativos de un contrato celebrado por escrito.

La exigencia de escritura pública para los pagos de «una obligación consignada en escritura pública» (art. 1.003.13) parece consecuencia de la opinión –mantenida por GARCÍA GOYENA– que sujeta la prueba del pago a las mismas reglas que los actos modificativos de una convención plasmada por escrito (que, dicho sea de paso, no es la prevalente en el Derecho francés ni italiano). Así, GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 652, en su comentario al artículo 1.220, decía «yo entiendo que probar para dejar sin efecto un instrumento, equivale á probar contra él; y, si la obligación debe ser disuelta como se ha formado, debe decirse lo mismo de su estinción por el pago».



Se instauró así un sistema probatorio algo más riguroso que el francés ya que la prueba por confesión, que en el Code es admisible a falta de documento público o privado –y salvo que se trate de un negocio solemne–, sólo era admisible en el Proyecto en defecto de documento privado, pero no cuando se requería escritura pública. En este último caso –siempre que la forma no hubiese sido exigida para la validez del negocio– sólo podía probarse su existencia mediante el juramento decisorio, tras lo cual, según GARCÍA GOYENA, podían las partes compelerse al otorgamiento de la escritura.

#### D) ANTEPROYECTO DE 1882-1888

El capítulo III, título II, del libro IV del Anteproyecto estaba titulado «De la forma de los contratos». En él se contienen preceptos muy semejantes a los actuales artículos 1.278 a 1.280 C.c., ubicados, sin embargo, en un capítulo que se denomina «De la eficacia de los contratos».

El artículo 1.291 del Anteproyecto, análogo al artículo 1.278 C.c., disponía: «Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que hayan sido celebrados, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez». Aunque no tiene un precedente concreto en los proyectos anteriores, no cabe duda que es coherente con el clásico principio espiritualista vigente en el Derecho castellano. La afirmación del citado precepto de que los contratos eran obligatorios con independencia de su forma de celebración<sup>176</sup>, siempre que, además, reunieran las condiciones esenciales de su validez, implica que la observancia de una forma específica no era, como regla general, necesaria para la validez del contrato. De otro modo no tendría sentido dotar de eficacia obligatoria a un contrato no formal. El artículo 1.274 del Anteproyecto sólo consideraba como requisitos esenciales del contrato el consentimiento, el objeto y la causa. Concurriendo tales requisitos el contrato reunía las condiciones necesarias para su validez –entre las que, repetimos, no se encontraba la forma, a no ser, obviamente, que algún precepto particular así lo estableciera– y, según el artículo 1.291, desplegaba eficacia obligatoria, con independencia, también, de su forma de celebración.

Antes de pasar a examinar los artículos 1.292 y 1.293, es importante tener en cuenta que en el Anteproyecto desaparece el sistema de prueba tasada que preveía el Proyecto isabelino siguiendo al Código francés. Según el artículo 1.259, la prueba de testigos era admisible en todos los casos en que no se hallase expresamente prohibida,

<sup>176</sup> La fuerza obligatoria del consentimiento venía establecida en el artículo 1.271 del Anteproyecto que disponía: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y, desde entonces, obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

remitiéndose el artículo 1.261 a lo dispuesto en la Ley de enjuiciamiento civil para determinar la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos. Se añadía en tal precepto que los tribunales debían evitar «que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito»<sup>177</sup>. Tampoco se limitó la prueba de presunciones –el artículo 1.262 exigía como único requisito para su admisibilidad que el hecho de que se hubiesen de deducir estuviere «completamente acreditado»– ni, lógicamente, la de confesión judicial<sup>178</sup>. Consecuencia de lo expuesto es que no existiera en el Anteproyecto ningún precepto, similar al artículo 1.002 del Proyecto de 1851, que exigiera la forma escrita para la prueba de ciertos contratos.

Se incluyó, sin embargo, en el Anteproyecto una norma semejante al artículo 1.003 del Proyecto isabelino –el artículo 1.293<sup>179</sup>– que enumeraba una serie de contratos que debían «hacerse constar en documento público». Al igual que aquel precepto, no establecía ninguna sanción para la inobservancia de dicha forma. Al comentar el artículo 1.003 del Proyecto indicamos que, salvo en las hipótesis en que de otros artículos se deducía que la forma pública tenía carácter «ad solemnitatem», la consecuencia derivada de la omisión de la escritura pública requerida en el citado precepto era la imposibilidad de probar la existencia de tales contratos (salvo mediante el juramento decisorio). No parece que puede extraerse la misma conclusión en relación al artículo 1.293 del Anteproyecto, ya que, como se ha dicho, la exigencia de forma escrita no tenía ya virtualidad para excluir la admisibilidad de otros medios de prueba.

---

<sup>177</sup> En el borrador del Anteproyecto que se encuentra en el Archivo de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia (legajo 18, carpeta 1.ª, pliego 13) aparece escrito al lado del artículo citado: «(Nuevo, reformado en el sentido de la desconfianza)». Ello demuestra que se era consciente de los peligros de la prueba de testigos pero, sin embargo, se prefirió no limitarla estableciendo una norma de carácter recomendatorio o admonitivo.

<sup>178</sup> En relación a la confesión extrajudicial (que en el Proyecto era ineficaz cuando no era admisible la prueba testimonial si había sido efectuada verbalmente) se limitaba a decir el artículo 1.263: «La confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto a las reglas establecidas sobre la prueba».

<sup>179</sup> Disponía el artículo 1.293: «Deberán hacerse constar en documento público:

- 1.º Los contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles.
- 2.º Los arrendamientos de estos mismos bienes por seis o más años, siempre que deban perjudicar a terceros.
- 3.º Las capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas.
- 4.º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de la sociedad conyugal.
- 5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado, o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.
- 6.º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública».

Tampoco puede pensarse, a la vista del artículo 1.291, que el documento público tuviese valor de requisito constitutivo de los negocios comprendidos en el artículo 1.293 –al menos, de los que tenían la consideración de contratos<sup>180</sup>–. Si la regla general era que la forma no era presupuesto de validez del contrato, la solución contraria requeriría, en nuestra opinión, una disposición expresa en tal sentido, no bastando la mera exigencia de una concreta forma. Hay que tener presente además que del artículo 1.291 sólo se deduce que lo que no quedaba supeditada a la observancia de una forma específica era la eficacia obligatoria del contrato –la cual presupone, lógicamente, su validez–, pero no una ulterior eficacia que del mismo pudiera derivarse, lo que implica que de la celebración del contrato en una determinada forma podía depender, por ejemplo, su eficacia real o su eficacia frente a terceros.

El artículo 1.292 –precedente del actual artículo 1.279– disponía: «Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura, u otra forma análoga, para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento con todos sus requisitos». Aunque este precepto no tiene ningún precedente de origen legal ni existía norma semejante en los proyectos anteriores, no hay duda que recoge la doctrina, anteriormente expuesta, sentada por la jurisprudencia y la doctrina del siglo XIX, según la cual, cuando la escritura pública no era presupuesto de validez de un contrato pero era requerida por la ley para otros efectos, del convenio nacía para los contratantes la facultad de compelerse al otorgamiento de la misma<sup>181</sup>. Sin embargo, no deja de ser enigmática la frase «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato», puesto que si lo que pretendía el precepto era consagrar la posibilidad de las partes de compelerse a llenar la forma cuando ésta no tenía carácter de elemento esencial no tenía porque describir dicha forma utilizando tal expresión.

Es sabido que mediante el expediente de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, se permitió al Gobierno publicar un Código civil que se encontraba ya previamente elaborado –eliminando la discusión parlamentaria sobre cada uno de sus preceptos, ya que las Cortes debían limitarse a enjuiciar la adecuación del Código, una vez publicado, a la Ley de Bases– y cuyo texto se corresponde básicamente con el del Anteproyecto del 88<sup>182</sup>. Lo publicado tras la Ley de Bases fue en realidad el Anteproyecto que

<sup>180</sup> Téngase en cuenta que en el artículo 1.293 se recogían algunos negocios, como la repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de la sociedad conyugal, o el poder para celebrar determinados actos, que no son contratos.

<sup>181</sup> En este sentido, SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XX, 2.ª ed. rev. por Marín Pérez, Madrid, 1958, p. 847, y DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 285.

<sup>182</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965, pp. 40, 41, texto y nota 119; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 7.ª ed., Madrid, 1990, p. 64.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

había venido elaborando la Sección de lo civil de la Comisión de Códigos entre 1882 y 1888, al tiempo que se desarrollaban en las Cortes las discusiones parlamentarias en torno al Proyecto de Ley de Bases –en el periodo que va de 1885 a 1888–. Dado que el libro IV del Anteproyecto se elaboró entre 1884 y 1887 es posible que el estudio de las mencionadas discusiones parlamentarias arroje alguna luz sobre el significado de los preceptos que comentamos<sup>183</sup>.

E) LEY DE BASES DE 11 DE MAYO DE 1888 POR LA QUE SE AUTORIZA AL GOBIERNO A PUBLICAR UN CÓDIGO CIVIL CON ARREGLO A LAS CONDICIONES Y BASES ESTABLECIDAS EN LA MISMA

Las reglas a las que debía ajustarse el Código al regular la forma de los contratos están contenidas en las bases 19 y 20 de la Ley de Bases. La base 19 ordenaba que se fijaran «principios generales sobre la prueba de las obligaciones, cuidando de armonizar esta parte del Código con las disposiciones de la moderna Ley de Enjuiciamiento civil, respetando los preceptos formales de la legislación notarial vigente, y fijando un *máximum*, pasado el cual toda obligación de dar o de restituir, de constitución de derechos, de arriendo de obras o de prestación de servicios, habrá de constar por escrito para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución». La base 20 disponía por su parte: «Los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o

---

<sup>183</sup> El borrador del libro IV del Anteproyecto está formado por tres cuadernos, el primero relativo a las obligaciones y contratos, el segundo relativo al contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, compra-venta y permuta, y el tercero relativo a los restantes contratos, prelación de créditos y prescripción. Es seguro que la redacción del primer cuaderno comenzó en 1884. En el ejemplar obrante en el Archivo de la Comisión de Codificación (legajo 18, carpeta 1.ª) existen diferentes versiones de los doce primeros artículos del libro IV. En la que parece definitiva se indica (pliego 4, folio 5 de la indicada carpeta, parte superior) que tales preceptos se alteraron «por resultados de los acuerdos del 17 y 21 de marzo de 1884». La versión definitiva se adecua a una ponencia relativa a esos primeros artículos presentada por Gamazo según aparece anotado en la parte superior del pliego 3, folio 3.

Aunque en la cubierta de la carpeta primera del mencionado legajo (en la que se contienen, sin numerar, los posteriormente artículos 1.105 a 1.327 del Anteproyecto, correspondiente a los títulos I y II, «De las obligaciones» y «De los contratos») aparece escrito «Ponencia del Sr. Gamazo, 1884», sólo es seguro que Gamazo presentara en dicha fecha la ponencia relativa a los 12 primeros artículos. Los pliegos que contienen las diferentes versiones de estos preceptos y sobre los que debió existir mayor discusión se encuentran separados del resto de la carpeta en la que se contiene un borrador del texto definitivo de los dos títulos relativos a las obligaciones y contratos, escrito con diferentes caracteres.

La redacción definitiva del cuaderno primero del libro IV del Anteproyecto (Obligaciones y contratos) la sitúa LASSO GAITE (*Crónica de la Codificación española*, 4, codificación civil, vol. I, Madrid, 1970, p. 556, texto y nota 102) entre 1885 y 1886.

Por lo que respecta a los restantes cuadernos del libro IV, fecha límite para su elaboración es la de 1887, ya que las pruebas de impresión de los cuadernos de los libros III y IV del Anteproyecto (carpeta 5.ª del citado legajo 18) tienen escrita en la cubierta la fecha 1884-1887.

de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas, o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente». Conviene también hacer referencia a la base 26 que indicaba que «las formas, requisitos y condiciones de cada contrato» habían de determinarse teniendo en cuenta, además de la legislación vigente, «los desenvolvimientos que sobre ella ha consagrado la jurisprudencia, y los que exija la incorporación al Código de las doctrinas propias a la L.H.»

La base 19 y la base 20 presentan algunas modificaciones respecto de la redacción que tenían en el Proyecto de Ley de Bases —al parecer redactado por Silvela<sup>184</sup>— que fue presentado en las Cortes. La base 19, tal y como aparecía redactada en el Proyecto (art. 18) decía en su inciso final que debía fijarse un máximo pasado el cual toda obligación «habrá de aparecer reducida a escritura pública o privada, sin lo cual no tendrá fuerza obligatoria civil». Esta norma fue objeto de vivas críticas en el Senado. Se objetó que vulneraba el principio espiritualista tradicional en el Derecho castellano indicándose que la necesidad de documentar el contrato para hacer exigibles ante los tribunales, y por tanto, eficaces, las obligaciones derivadas del contrato era lo mismo que sujetar la validez de éste a la observancia de una concreta forma<sup>185</sup>. SILVELA adujo en apoyo de dicha norma que era necesario introducir en la contratación civil un sistema análogo al instaurado en el Código de comercio de 1829<sup>186</sup> y proscribir la prueba de testigos para las convenciones de cierta importancia<sup>187</sup>, a lo que añadió

<sup>184</sup> LASSO GAITE, ob. cit., p. 423.

<sup>185</sup> ESCOBAR, *Diario del Senado*, 27 abril 1.885, n.º 110, pp. 418, 419 (hemos usado la edición de los debates parlamentarios preparada por Herrero Gutiérrez y Vallejo Úbeda, Madrid, 1989), decía en este sentido: «Desde el momento en que se convierta en ley la base objeto de examen, se establecerá una restricción extraordinaria, grandísima, respecto a la libertad de contratación. ¿Por qué? Porque solo en el caso de que haya escritura pública o privada será eficaz la obligación, y por tanto, exigible; de donde se deduce que la escritura pública o privada es un requisito esencial para la validez de los contratos; porque de otra manera, si no se verifica esa escritura, si no se celebra el contrato por escritura pública o privada, no será exigible ante los tribunales de justicia, y por consiguiente, no podrá hacerse eficaz [...]. Toda obligación en general, carecerá de fuerza eficaz obligatoria y legal, si no se extiende en escritura pública o privada dentro de cierto término que fijará el Gobierno o que fijará la Comisión. Pues bien: esto es lo que a mi entender, contraría completamente la libertad de contratación». Criticaba también la base transcrita el MARQUÉS DE SEOANE, *Diario del Senado*, n.º 110, cit., p. 423.

<sup>186</sup> En el Código de comercio de 1829 se exigía la documentación para la prueba de los contratos que superasen un determinado valor. Según el artículo 238 los contratos de valor superior a mil reales, o tres mil si se celebraban en ferias y mercados, «se reducirán necesariamente a escritura pública o privada sin lo cual no tendrán fuerza obligatoria civil». El artículo 237 permitía celebrar verbalmente los de cuantía inferior.

<sup>187</sup> «Nada hay más expuesto a pleitos, nada existe más contrario a las exigencias de las sociedades modernas, que los contratos que se fían o a testigos o a convenciones de palabra [...]. Pero desde el instante en

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

BENITO GUTIÉRREZ que debía distinguirse el nacimiento de las obligaciones —que conforme al artículo 19 del Proyecto de Ley de Bases (posteriormente base 20 en la Ley de Bases) tenía lugar una vez prestado el consentimiento contractual<sup>188</sup>— de su prueba: «La obligación existe, tiene cuerpo, no le falta nada; pero hay que hacer efectivos sus resultados, los derechos que de ella nacen. ¿Y cómo pueden concretarse y ligarse esos derechos?... refiriéndose a esa circunstancia se dice que se fijarán principios generales sobre la prueba de las obligaciones, armonizándolos con las disposiciones de la moderna ley de enjuiciamiento civil». Para explicar la indicación contenida en la norma que comentamos (artículo 19 del Proyecto de Ley y posterior base 20 en la Ley de Bases) que ordenaba respetar «los preceptos formales de la legislación notarial vigente» observaba, asimismo, GUTIÉRREZ, que «sin perjudicar lo más mínimo la libertad de contratación, la ley ha tenido necesidad de exigir determinadas formas para verificar ciertos contratos, único medio de que se llenen o cumplan las condiciones exigidas por otras leyes, v. gr. la ley hipotecaria»<sup>189</sup>.

Las discusiones mantenidas en el Senado determinaron que se alterara la redacción del artículo 18 del Proyecto de Ley de Bases (posterior base 19) en el sentido anteriormente indicado. Para aclarar que lo dispuesto en el artículo 18 del Proyecto no afectaba a la regla tradicional según la cual el contrato era obligatorio cualquiera que fuese su forma de celebración se hizo constar en el artículo 19 (base 20 en la Ley de bases) que la prestación del consentimiento hacía nacer el vínculo, no sólo «en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas» —hipótesis prevista en la redacción inicial del precepto—, sino también cuando fuese necesario «el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente», esto es, cuando fuese necesaria la documentación para la prueba del contrato.

Las modificaciones efectuadas en el Proyecto que se remitió al Congreso no evitaron que en esta cámara se reprodujeran, en torno al repetido artículo 18, críticas semejantes a las vertidas en el Senado que, sin embargo, no impidieron finalmente su

---

que se quiera celebrar una convención, una obligación ya de alguna importancia, ¿en qué daña a la libertad de contratar el que se consigne por escrito en el papel, usando de los medios que le dan estabilidad, fijeza y certidumbre, para evitar los abusos inmensos de las estipulaciones ante testigos [...]. Lo que se deja entregado a la Comisión de Códigos es el tipo dentro del cual no ha de ser necesario el documento público ni privado para que la obligación pierda su carácter meramente natural y se convierta en obligación mixta o exigible ante los tribunales». SILVELA, *Diario del Senado*, 27 abril 1885, n.º 110, pp. 420, 421, también, p. 422.

<sup>188</sup> En relación con el principio de que «la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo» establecido en el artículo 19 del proyecto de ley de bases, decía BENITO GUTIÉRREZ, *Diario del Senado*, n.º 110, cit., p. 425, «En términos más propios, más categóricos y más sencillos, no puede reproducirse aquella famosa ley recopilada que decía *que de cualquiera manera que pareciese que un hombre quiso obligarse, quede obligado*».

<sup>189</sup> *Ibidem*.

aprobación<sup>190</sup>. Nos interesa destacar, en especial, las afirmaciones de FERNÁNDEZ HONTORIA quien observaba, en relación a la necesidad de documentar el contrato para exigir judicialmente su cumplimiento: «pues bien; o esto es coartar la libertad de contratación, o es decir que subsiste la validez de la obligación libremente contraída, pero con la obligación de sujetarla al trámite de la escritura pública, en cuyo caso podrá pedirse en juicio el cumplimiento de la obligación de otorgar la escritura pública. Y esto considero yo que es también inconveniente, porque es decir que el contrato no se perfecciona sino con el escrito, limitándose por tanto la libertad de contratación, sobre todo, para dar un rodeo que conduce al mismo resultado»<sup>191</sup>.

Cabría pensar, a la vista de lo expuesto, que el artículo 1.292 del Anteproyecto y su equivalente en el Código civil, el artículo 1.279, en tanto que faculta a los contratantes a exigir el otorgamiento de la forma necesaria «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato» —frase ésta que parece querer decir que la forma es presupuesto de la exigibilidad de las obligaciones derivadas del convenio— fue una norma de transacción que pretendía conciliar la exigencia de forma con fines probatorios con el principio de que el mero consentimiento obliga<sup>192</sup> llegándose así a una solución similar a la que algunos autores del siglo XIX habían propugnado en relación al contrato de enfiteusis<sup>193</sup>.

## 2. Interpretación de los artículos 1.278 a 1.280 según la jurisprudencia y la doctrina

Si bien no cabe duda de que el artículo 1.278 C.c. establece el principio de libertad de forma en materia contractual, es de todos conocido que la interpretación de los artículos 1.279 y 1.280 presenta alguna dificultad. Por lo que respecta a este último porque en la medida que exige la forma pública o privada para un gran número de negocios (no todos son contratos) parece contradecir la regla establecida en el artículo 1.278. En cuanto al artículo 1.279 porque no se sabe que quiere decir la frase «para

<sup>190</sup> Vid. *Diario del Congreso*, 9 abril 1888, n.º 88, p. 864.

<sup>191</sup> *Diario del Congreso*, 12 junio 1885, n.º 171, p. 622. Conde y Luque, le replica (p. 624) indicando que la libertad de contratación no se ve vulnerada porque dicho principio se establece en la base siguiente y porque en la que es objeto de discusión «no se hace más que prevenir los peligros que la prueba testifical puede traer consigo tratándose de ciertos actos importantísimos de la vida».

<sup>192</sup> Las discusiones parlamentarias a que hacemos referencia datan de 1885. Por ello, salvo que se piense, como dice REGLERO («Comentario a los artículos 1.278 a 1.280 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t. XVII, vol. 1.º B, Madrid, 1993, pp. 664, 665) que los artículos 1.291 a 1.293 del Anteproyecto —equivalentes a los artículos 1.279 a 1.280 C.c.— fueron redactados por Gamazo en 1884, lo que no puede afirmarse con seguridad (vid. nota 183), es factible la idea de que las mismas pudieron influir en la redacción, por parte de la Sección de Derecho civil de la Comisión de Códigos, del artículo 1.291 del Anteproyecto, posteriormente artículo 1.279 C.c.

<sup>193</sup> Vid. *infra*, cap. IV, apart. I, 2.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato» con que describe la forma a cuyo otorgamiento pueden compelerse los contratantes.

El Tribunal Supremo, basándose en el texto del artículo 1.279, interpretó inicialmente (S. 17-4-1897)<sup>194</sup> que en los supuestos comprendidos en el artículo 1.280 el otorgamiento de la forma exigida en dicho precepto había de ser previo a «la prestación de las demás obligaciones derivadas del contrato» de manera que si alguna de las partes no se avenía a cumplirlo no podía exigirse judicialmente su ejecución sin antes solicitar la documentación del mismo. Esta opinión, posteriormente defendida por SCAEVOLA<sup>195</sup>, fue

<sup>194</sup> El supuesto de hecho de esta sentencia fue, sucintamente, el siguiente: los vecinos de una determinada comarca constituyeron una sociedad dirigida a la adquisición de fincas del término y el disfrute y aprovechamiento posterior de las mismas. La Junta directiva, compuesta por tres socios, acordó verbalmente la compra de una finca a los posteriormente demandantes. Uno de los copropietarios murió antes de que pudiera elevarse el contrato a escritura pública por lo que la Junta directiva suscribió un documento privado con el otro copropietario y los herederos del finado en el que se hacía constar la existencia de la venta y el pago de una parte del precio por parte de la sociedad restando ésta deudora de cierta cantidad. Los vendedores demandaron a la citada entidad reclamando el pago del precio pendiente a lo que se opuso la nueva Junta directiva alegando que el indicado contrato había sido nulo por carecer la anterior Junta directiva de facultades para celebrarlo. Habiendo estimado la Audiencia Territorial de Cáceres que la compraventa era válida y condenando a la sociedad al pago de la cantidad pendiente, se interpuso recurso de casación sustentado, entre otros motivos, en la infracción de los artículos 1.278 a 1.280 C.c. «en cuanto sin haberse elevado a escritura pública el contrato... la Sala sentenciadora otorga derechos derivados de la venta, que no nacen sino después del contrato (sic.) ha revestido sus formas legales».

El Tribunal Supremo admitió tal interpretación afirmando que «si bien la prescripción del artículo 1.279 C.c., y en relación con ésta la del número 1.º del 1.280, no obsta a la validez de los contratos ni a la de los actos que las partes voluntariamente realicen para su cumplimiento, aun antes de otorgarse la correspondiente escritura pública, *desde el instante en que cualquiera de los contratantes invoca dichas prescripciones, es evidente que, según ellas, debe preceder el otorgamiento de la escritura pública a la prestación de las demás obligaciones derivadas del contrato*» y casó la sentencia recurrida aunque únicamente en cuanto la misma, además de condenar a la sociedad al pago de la cantidad reclamada, no impuso a los vendedores «la obligación de otorgar previamente a favor de aquella Sociedad la correspondiente escritura pública de la venta realizada».

También en la sentencia de 12 de mayo de 1897 parece que el Tribunal Supremo tomó como base esta interpretación. Se trataba de una hipótesis en que el propietario de una finca exigía la restitución de unos terrenos pertenecientes a la misma que venían siendo utilizados por un sujeto con ocasión de la construcción de una línea férrea. Este último adujo que había celebrado un contrato verbal con todos los propietarios de la zona por el cual se comprometían a ceder los terrenos necesarios para la construcción del tranvía si bien el demandante, que no se opuso a la ocupación de su finca, se había negado a suscribir la escritura pública que documentaba el convenio hasta no ver cómo se practicaban los trabajos. La demanda se presentó aproximadamente a los diez años de la ocupación de los repetidos terrenos. Absuelto el demandado en primera instancia y apelación, el actor sustentó el recurso de casación, entre otros motivos, en la infracción de los artículos 1.278 a 1.280 C.c. por entender que el contrato verbal no era eficaz al no haberse documentado. El Tribunal Supremo no consideró infringidos estos preceptos porque «no se ha tratado de hacer efectivas las obligaciones nacidas del contrato, puesto que la obligación de permitir la ocupación del terreno para la construcción del camino se había cumplido con anterioridad a su incoación» añadiendo que «los actos ejecutados voluntariamente para cumplir un contrato producen efecto entre las partes contratantes, aunque la obligación voluntariamente cumplida sea de aquellas que no pueden exigirse sin el otorgamiento de escritura pública».

<sup>195</sup> Dice SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XX, cit., p. 851, que «la posibilidad de hacer eficaces las obligaciones pactadas depende de la solemnidad de la forma» de manera que «si las partes no



pronto abandonada por el Tribunal Supremo, seguramente porque la solución inicial resultaba poco práctica ya que obligaba a seguir dos pleitos, uno para exigir la documentación del contrato y otro, sobre la base del contrato ya documentado, para exigir la ejecución de las obligaciones dimanantes del mismo<sup>196</sup> lo que, a su vez, era contrario a la economía procesal y a las reglas relativas a la acumulación de acciones<sup>197</sup>. Ya en la Sentencia de 4 de julio de 1899 el Tribunal Supremo modificó la interpretación mencionada y afirmó que «el ejercicio de la acción para llenar las formas» no debía preceder «al de la derivada del contrato», añadiendo que los contratantes se hallaban obligados a llenar esa forma o solemnidad «aparte» de las restantes obligaciones que pudieran corresponderles<sup>198</sup>. La jurisprudencia posterior se decanta, claramente, por esta última orienta-

---

ejecutaran de mutua conformidad el contrato y alguna de ellas rehuyese cumplirlo, entonces la acción útil para recabar dicha ejecución forzosa habrá de ser precedida de otra acción, encaminada a que el Tribunal compela al rebelde a la elevación a escritura pública» ya que, afirma este autor, «si prescindiendo de la escritura pública pudiese reclamarse el cumplimiento de los contratos civiles y aun ejecutarlos coactivamente al amparo de la jurisdicción ordinaria, habría que borrar del Código los artículos 1.279 a 1.280».

<sup>196</sup> En este sentido, CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones*, *La obligación y el contrato en general*, 14.ª ed. rev. por García Cantero, Madrid, 1986, p. 456; PUIG BRUTAU, *Doctrina general del contrato*, cit., p. 159.

<sup>197</sup> Así se pone de manifiesto en la sentencia de 21 de diciembre de 1925 que resolvió un supuesto en que, tras la celebración en documento privado de un contrato de permuta relativo a bienes inmuebles (se permutaba una casa a cambio de un solar más la cantidad de 1.000 pts.) uno de los contratantes continuó comportándose como propietario del bien permutado, ante lo cual la otra parte lo demandó solicitando que se lo condenara a entregarle la posesión del inmueble y elevar el contrato a escritura pública. En primera instancia se estimó la demanda. La Audiencia, sin embargo, basándose en la doctrina sentada en la sentencia de 17 de abril de 1897 (nota 194) revocó la sentencia condenando al demandado al otorgamiento de la escritura y absolviéndolo de los demás pedimentos de la demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró que «tanto por razón de economía judicial, como para evitar que se divida la contienda de la causa y el pronunciamiento de sentencias contradictorias, la ley ritual en la Sección primera del título cuarto de su libro primero, autoriza al actor para acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que no sean incompatibles entre sí, a fin de que puedan ventilarse y resolverse en una misma sentencia» y en relación a la sentencia recurrida que limitó su fallo a la condena al otorgamiento de la escritura dijo que «la obligada procedencia de este documento» no implicaba «que su fallo (el de la sentencia) se ciña a este extremo, sin que pueda resolver simultáneamente todas las peticiones de la demanda, y más cuando a ello le constriñen los preceptos antes citados de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre acumulación de acciones, porque consistentes en la entrega de la posesión de la casa permutada con sus rentas y la consiguiente indemnización de perjuicios, al no ser incompatibles y tener el mismo título generador, debieron de ser resueltas en la misma sentencia».

<sup>198</sup> Los hechos fueron los siguientes: la demandada había cedido verbalmente por el precio de 500 pts. los derechos que pudieran corresponderle en la testamentaría de su marido a los herederos testamentarios de éste. Pese a tal convenio promovió juicio de testamentaría de su esposo a lo que se opusieron los cesionarios solicitando que se declarara que aquélla carecía de derecho para hacerlo. Habiéndose declarado la falta de acción de la demandada ésta interpuso recurso de casación alegando infracción de los artículos 1.279 y 1.280.4. El Tribunal Supremo afirmó que el artículo 1.279 «no subordina la eficacia del contrato a la concurrencia de esa forma extrínseca; y parte, por el contrario de su validez para declarar que en tal caso los contratantes aparte de las obligaciones pactadas, se hallan obligados a llenar esa forma o solemnidad externa; lo cual no permite sostener, como lo hace el recurrente (*sic*), que sea lícito al obligado contrariar con sus actos las obligaciones contraídas, *ni siquiera que el ejercicio de la acción para llenar las formas haya de preceder al de la derivada del contrato*».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

ción<sup>199</sup>. La opinión dominante en la actualidad en la doctrina y la jurisprudencia es, pues, la que estima que la forma pública exigida en el artículo 1.280 C.c. no es requisito de validez de los negocios en él comprendidos –salvo en los casos en que así lo esta-

---

El Tribunal Supremo había declarado con anterioridad, aunque de modo incidental (S. 3-5-1897), que el artículo 1.279 consigna una facultad, y no una obligación, a favor de los contratantes. Se trataba aquí del libramiento en Valencia de dos cheques con timbre francés que debían pagarse en París, que no pudieron ser cobrados conforme a la legislación francesa y, conforme a la española, resultaban nulos. La entidad endosataria reclamó a la entidad tomadora y posteriormente endosante el reembolso de la cantidad correspondiente. La compañía demandada, condenada a abonar el importe de los cheques, interpuso recurso de casación alegando la infracción de una serie de preceptos de la Ley del Timbre y, por lo que nos interesa, infracción de los artículos 1.278 y 1.279 C.c. afirmando que los cheques documentaban un contrato válido con base al artículo 1.278 y que el demandante debía haber ejercitado la facultad reconocida en el artículo 1.279 con el objeto de subsanar el defecto formal relativo a la falta de timbre español. El Tribunal Supremo declaró que según la Ley del Timbre los cheques estaban viciados de nulidad en cuanto documentos mercantiles lo que no excluía su valor en cuanto documentos «acreditativos de obligaciones puramente civiles». En aplicación de la legislación civil afirmó que «el artículo 1.279 consigna una facultad y no una obligación a favor de ambos contratantes, sin que la circunstancia de no haber hecho uso de ella haya podido enervar la acción que el actor ejercita».

<sup>199</sup> La Sentencia de 19 de octubre de 1902, recogiendo la doctrina de la de 4 de julio de 1899, dice que «el artículo 1.280 se limita a enumerar los actos y contratos que deben hacerse constar en documento público o privado, y el 1.279, lejos de subordinar la eficacia del contrato para las partes contratantes a la concurrencia de forma alguna extrínseca determinada, le reconoce plena eficacia en el mero hecho de otorgar a los mismos contrayentes acción adecuada para compelerse al otorgamiento de escritura u otra forma especial, cuando tales formas sean *precisas para que el contrato produzca la plenitud de los efectos, que dado su objeto esté llamado a producir, lo cual en sustancia equivale a establecer como condición implícita de todo contrato la de llenar esa forma aunque a ello no se hubieren expresamente obligado los contratantes, y no a subordinar el ejercicio de la acción principal sobre cumplimiento de lo pactado al ejercicio de la acción secundaria sobre la forma*, subordinación que no tendría razón de ser, siendo como es uno mismo el título generador de ambas acciones, o sea la existencia de un contrato válido, y uno mismo su objeto, o sea el cumplimiento del contrato mismo».

En sentencias posteriores se afirma que la exigencia de forma contenida en el artículo 1.280 no tiene carácter de forma solemne «ni tiene otro alcance, conforme al artículo 1.279 que el de poderse compeler recíprocamente los contratantes a elevar a escritura pública el contrato» (SS. 10-10-1904; 9-4-1908; 17-4-1909; 7-1-1924; 28-4-1934; 5-12-1940; 3-7-1943; 25-2-1956; 29-4-1960; 19-2-1990; 4-7-1994) y que el artículo 1.279 «no es modificado por el artículo 1.280, sino complementado» (SS. 6-10-1965; 24-5-1980) insistiéndose en el hecho de que, por no haberse hecho uso de la facultad reconocida en el artículo 1.279 no se enerva «la acción que a los contratantes corresponde para hacer efectivo el derecho nacido de la convenición» (SS. 11-3-1932; 30-4-1955) ni la falta de documentación obsta «para pedir el cumplimiento de lo convenido» (S. 20-5-1983) ya que «de la validez, y no de las formas extrínsecas requeridas por la ley para otros distintos efectos, depende exclusivamente la eficacia de los celebrados entre las partes contratantes y su indiscutible derecho a exigir recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones pactadas» (S. 4-2-1905), no siendo necesario «acreditar, para ejercitar acción, con objeto de obtener la eficacia de una obligación contractual, que los requisitos esenciales a la validez consten por escrito, aunque exceda de 1.500 pts.» (S. 24-12-1929).

Especialmente significativas son las sentencias de 29 de noviembre de 1950; 9 de diciembre de 1977, 10 de abril de 1978 y 3 de octubre de 1988, que recogen ampliamente la doctrina general del Tribunal Supremo en esta materia.

Destacan, también, las sentencias de 10 de junio de 1941 y 25 de noviembre de 1965 en que se hace hincapié en que el artículo 1.279 «descansa en el supuesto de que el contrato reúna los requisitos que para su

blecen otros preceptos (así, arts. 633, 1.008, 1.327)— debiendo interpretarse dicho precepto a la luz del artículo 1.279 C.c. Conforme al artículo 1.278 todo contrato es obligatorio con independencia de su forma de celebración, sin embargo, dado que la forma escrita —especialmente la escritura pública— proporciona importantes ventajas (facilita la prueba del contrato, permite la inscripción del mismo en el Registro, sirve de título para la ejecución, confiere al derecho de crédito resultante una especial prelación...) <sup>200</sup>, el artículo 1.280 exige para ciertos contratos dicha forma y el artículo 1.279 permite a los contratantes que, una vez perfeccionado el convenio por la prestación del consentimiento emitido en cualquier forma, se compelan al otorgamiento de la requerida en el artículo 1.280. El significado del artículo 1.279 se reduce, pues, según la interpretación mayoritaria, a determinar el alcance de la exigencia formal del artículo 1.280 <sup>201</sup> configurándose la obligación de documentar el contrato, que deriva del ejercicio de la facultad contenida en el artículo 1.279, como una más, añadida al conjunto de dere-

---

existencia y validez exige el artículo 1.261» ya que «la elevación a escritura tiene por finalidad la ejecución de un contrato válido y eficaz cuando esa formalidad es indispensable» y, por otra parte, las sentencias de 29 de diciembre de 1926 y 20 de abril de 1981, en las que, entre otras, se viene a decir que, tratándose de un contrato comprendido en el artículo 1.280 y, una vez perfeccionado éste por el consentimiento, es indudable el derecho de los contratantes a exigir que se llena la forma requerida.

<sup>200</sup> La doctrina está de acuerdo en que la forma requerida en el artículo 1.280 no tiene carácter «ad probationem», ni aun en la hipótesis prevista en su último inciso (contratos de valor superior a 1.500 pts.), puesto que no existe en el Código un sistema de tasa de la prueba. Alguna sentencia, no obstante, dice incorrectamente que el artículo 1.280 no comporta la exigencia de una formalidad «ad solemnitatem» sino sólo «ad probationem» (así las SS. 30-9-1988 y 3-2-1987 que, tras realizar la indicada afirmación la contradice indicando que «el juzgador de instancia, puede pronunciar la existencia de un contrato, es decir que reúna los requisitos del artículo 1.261 de dicho cuerpo legal, sin que imperiosamente tenga que basarse en una constatación escrita»). GUGLIERI SIERRA, «La forma en los negocios jurídicos. Su valor», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, 1989, separata del vol. VI, pp. 271, 272, dice en este sentido que, dado que en nuestro ordenamiento está desterrada la forma como único medio de prueba —a la que llama «forma *ad probationem* propia»— la forma a que se refiere el artículo 1.280 habría de calificarse como «forma *ad probationem* impropia o impropriamente dicha».

Suele decirse, en consecuencia, que el artículo 1.280 exige la forma escrita porque es útil o conveniente. Concretamente ROCA SASTRE, «La forma en el negocio jurídico», *Estudios de Derecho privado*, t. I, vol. 1.º, Madrid, 1948, pp. 106, 107, habla de forma «ad utilitatem» para referirse a la exigida en el artículo 1.280, denominación que es criticada por VAZQUEZ BOTE, «Sobre el artículo 1.279 del Código civil», en *RGL y J*, 1970, t. 61, pp. 835, 836, quien indica que querer elaborar una forma «ad utilitatem» como categoría propia es crear un criterio que nada distingue puesto que «todas las formas son útiles» y «la forma si no es útil es una carga».

<sup>201</sup> Vid. MANRESA, *Comentario al Código civil español*, t. VIII, vol. 2.º, 6.ª ed. rev. por Moreno Mocholí, Madrid, 1967, pp. 662 y ss.; DE LOS MOZOS, «La forma del negocio jurídico», cit., pp. 769 y ss.; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 281-283; PUIG BRUTAU, *Doctrina general del contrato*, cit., pp. 158 y ss.; LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho civil II*, vol. 2.º, *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pp. 126 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil I*, Introducción y Parte general, vol. 2.º, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 11.ª ed., Barcelona, 1991, pp. 353, 355, 356; LÓPEZ y LÓPEZ, «Comentario a los artículos 1.278 a 1.280 del Código civil», en *Comentario del Código civil*, (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 502 y ss.; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción, Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 254.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

chos y obligaciones que constituyen el contenido de la relación negocial en los casos comprendidos en el artículo 1.280 C.c.<sup>202</sup>.

Tal obligación no tiene, según el Tribunal Supremo, carácter esencial a no ser que así se haya pactado expresamente. Tratándose de una obligación accesorias, su incumplimiento no legitima a las partes a solicitar la resolución del contrato ni permite a ninguna de ellas ampararse en la falta de documentación para dejar de cumplir la prestación principal que le corresponda —v. gr. pago del precio por parte del comprador—<sup>203</sup> (no hay duda, por otra parte, que si en el contrato se supedita el otorgamiento de la escritura a que se cumpla alguna prestación —generalmente al entero pago del precio cuando éste es aplazado— hasta entonces no cabe exigir la documentación del contrato<sup>204</sup>). Se entiende que la obligación de formalizar el contrato no tiene carácter personalísimo pudiendo el juez sustituir la voluntad del contratante que se niegue a llenar la forma<sup>205</sup>. La acción para solicitar la documentación del contrato —en escritura pública o privada, según los

---

<sup>202</sup> RUIZ SERRAMALERA, *Derecho civil, El negocio jurídico*, Madrid, 1980, p. 260; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, reimp. 6.ª ed., Madrid, 1994, p. 50.

<sup>203</sup> En la sentencia de 30 de noviembre de 1974 el Tribunal Supremo parece que consideró el otorgamiento de escritura pública una obligación principal cuyo incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato. El supuesto de hecho fue el siguiente: se había pactado en el contrato privado de compraventa que «en el momento de la entrega de las llaves al comprador se otorgará, a conveniencia de ambas partes, la escritura pública de compraventa» y que «si no se otorgare en tal momento, el comprador viene obligado al otorgamiento cuando sea requerido ante Notario por el vendedor». La sentencia recurrida dedujo de tal cláusula que en el caso de autos la formalización del contrato no era sólo una facultad del vendedor (quien negaba que existiera derecho por parte del comprador a exigir la formalización del contrato) sino también una verdadera obligación contractual. El Tribunal Supremo aceptó esta apreciación y afirmó que la citada obligación tenía carácter principal y no secundario como pretendía el vendedor y recurrente.

En sentencias posteriores el T.S. niega que esta obligación tenga carácter esencial. Así, la Sentencia de 16 enero de 1975, relativa a un contrato de cesión de solar a cambio de edificación, dijo que por el hecho de no otorgarse la escritura de adjudicación no podía afirmarse que «el cesionario incurriera en un verdadero y formal incumplimiento en el modo y forma que exige el artículo 1.124 C.c.», y la sentencia de 28 de abril de 1989 afirmó que el otorgamiento de escritura pública «no tiene el carácter de obligación esencial, sobre todo si así no se desprende de lo pactado» añadiendo que si en algún supuesto puede tener carácter trascendente ello depende «de las circunstancias concretas del caso».

La sentencia de 30 de septiembre de 1988 declaró, en relación a la manifestación del comprador que justificaba su propio incumplimiento sobre la base de la no formalización del contrato, que si bien «el comprador puede compeler al vendedor para el otorgamiento de escritura pública, de acuerdo con el artículo 1.279 C.c., lo que no puede hacer, con base en la falta de otorgamiento de ella, es dejar de pagar el precio». En el mismo sentido dijo la sentencia de 20 de diciembre de 1989 que «no excusa el deber de pagar la falta de escritura porque dicha falta sólo entraña incumplimiento cuando su otorgamiento es exigencia contractual a la que se subordina el pago». Asimismo, la Sentencia de 15 de abril de 1991 desestimó el recurso interpuesto por los demandados, frente a los que se exigió la resolución del contrato por falta de pago, y que aducían el previo incumplimiento de la demandante al no haber formalizado el contrato verbal de compraventa, por no existir constancia en los autos de que «la documentación de la compraventa se constituyera como elemento esencial del acuerdo».

<sup>204</sup> Así la sentencia de 13 de abril de 1992: «en la estipulación decimotercera se condicionó el otorgamiento de la escritura al cumplimiento por el comprador de los pagos estipulados, por lo que al no haber cumplido éste con su esencial obligación no puede exigir entre tanto el otorgamiento de escritura pública».

<sup>205</sup> En este sentido, sentencia del TS de 17 de enero de 1984.

casos—, en cuanto acción personal, tiene un plazo de prescripción, reconocido por el Tribunal Supremo, de quince años (art. 1.964 C.c.). Ahora bien, el plazo de prescripción no se cuenta a partir del momento de celebración del contrato. El Tribunal Supremo viene entendiendo que mientras subsista la vigencia del contrato, esto es, mientras no se hayan ejecutado completamente las obligaciones derivadas del mismo ni, por tanto, se encuentre consumado, no comienza a correr el plazo de prescripción ya que, según el Alto Tribunal, la obligación de formalizar el contrato, en cuanto obligación instrumental, aun en los casos en que se estipule expresamente, no puede considerarse independiente de las restantes obligaciones contractuales pues «los contratos constituyen un todo orgánico, enlazando unas cláusulas con otras, y supeditadas las accesorias a lo que forma el núcleo, la obligación principal»<sup>206</sup>.

<sup>206</sup> La sentencia de 9 de mayo de 1970 resolvió un supuesto en que se había constituido en documento privado, de fecha 8 de julio de 1948, una servidumbre que afectaba a los locales situados en la planta baja de un edificio y en los que se prohibía desempeñar ciertas actividades (negocios de cafetería o confitería). La sociedad titular del predio sirviente estableció una cafetería, que empezó a funcionar en 1953, contrariando lo estipulado en el contrato. Tras un acto de conciliación intentado en 1967, se demandó a la indicada sociedad solicitando que se la condenara a respetar las limitaciones de uso y destino de los locales afectados por la servidumbre y exigiendo la elevación del contrato a escritura pública. Esta última pretensión fue desestimada en primera instancia y atendida en apelación. Se planteó recurso de casación aduciendo, entre otros motivos, violación del artículo 1964 C.c. por entender que habían transcurrido más de quince años desde que se pudo entablar la correspondiente demanda y ser tal cláusula un pacto independiente con virtualidad propia en relación a los demás convenidos. El Tribunal Supremo declaró, sin embargo, que «los contratos constituyen un todo orgánico, enlazando unas cláusulas con otras y supeditadas las accesorias a lo que forma el núcleo, la obligación principal, causa del concurso de voluntades y además que el pacto de elevar a escritura pública lo convenido en el documento privado, es una facultad más que una obligación, latente en todo convenio aunque no lo exprese especialmente; aparece indudable que *al menos mientras subsista la vigencia del contrato y el ejercicio de los derechos y obligaciones a que dio nacimiento, pervive el pacto accesorio de poder ser instrumentado públicamente*».

Reproduce esta doctrina la sentencia de 3 de septiembre de 1988 (aunque a mayor abundamiento, pues no se planteó en el recurso el problema de la prescripción de la acción) y la sentencia de 14 de febrero de 1986, relativa a un supuesto en que se solicitó la elevación a escritura pública de un contrato (correspondiente a la extinción de una comunidad de bienes, división material y adjudicación de los mismos) celebrado el 18 de agosto de 1959, pero no consumado todavía en 1976 —en que se demandó a uno de los contratantes a abonar cierta cantidad— la cual añade que «al estimarse en la sentencia de 2 de noviembre de 1976 la reconvencción en lo referente al abono por los actores al hoy recurrente, de una cantidad a que se habían obligado en el contrato, es obvio que se reconoció la pervivencia de los efectos del mismo, y, de acuerdo con la doctrina anteriormente apuntada, también de la cláusula de elevación a escritura pública, que no es sino una parte más del todo orgánico que el contrato representa».

La sentencia de 12 de junio de 1990 —relativa a un contrato de superficie que, según se expresa en la sentencia, había sido incumplido parcialmente por ambas partes— desestima el recurso planteado alegando infracción de los artículos 1961, 1964, 1969 y 1973 C.c. por estimar que la acción para exigir la documentación del contrato había prescrito, basándose, igualmente, en que, en tanto que el contrato no esté agotado, no comienza el plazo de prescripción de la acción reconocida en el artículo 1.279.

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 12 de mayo de 1994, que reitera lo afirmado en la sentencia de 9 de mayo de 1970.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

La interpretación que acabamos de exponer, en cuanto considera que el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 1.279 no condiciona la eficacia del contrato ni ha de ser previo al ejercicio de la acción para exigir su cumplimiento, prescinde del tenor literal de dicho artículo que da a los contratantes la facultad de compelerse al otorgamiento de escritura u otra forma especial cuando ésta es requerida por la Ley «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato». No faltan, sin embargo, intentos de interpretar el artículo 1.279 de modo más ajustado a la letra del precepto.

VÁZQUEZ BOTE afirma que el Código distingue, en tema de contratos, entre los conceptos de validez y eficacia (los arts. 1.278 a 1.280 responden a un epígrafe denominado «De la eficacia de los contratos»). Estima este autor que el acuerdo consensual anterior al otorgamiento de una concreta forma, si bien es válido conforme al artículo 1.278 C.c., «no es obligatorio en términos de generarse efectos propios, típicos, del contrato de que se trate; pero sí es causa de una obligación legal de hacer la escritura, pública o privada, escritura pública o privada que es, a su vez, un negocio de cumplimiento». Para VÁZQUEZ BOTE los contratos comprendidos en el artículo 1.280 antes de la documentación no tienen aptitud para producir los efectos —ni siquiera los efectos obligacionales— propios del tipo a que pertenece, generando únicamente una acción a favor de ambos contratantes para compelerse a llenar la forma<sup>207</sup>. Ello le lleva a afirmar que en los casos en que el contrato reúne todos los requisitos necesarios pero le falta la forma necesaria para que produzca todos sus efectos, la ley —art. 1.279— «actúa una especie de conversión» y otorga a aquel contrato la eficacia propia de un precontrato<sup>208</sup>. Una tesis parecida a la de este autor se ha propugnado en el Derecho argentino en torno al artículo 1.185 de este C.c., único, de entre los que conocemos<sup>209</sup>, que contiene un precepto en alguna medida semejante al artículo 1.279 de nuestro Código. Tras enumerar el artículo 1.184 una serie de negocios que deben hacerse en escritura pública<sup>210</sup>, dispone

---

<sup>207</sup> VÁZQUEZ BOTE, «Sobre el artículo 1.279 del C.c.», cit., pp. 838 y ss. Es de notar que para este autor la operatividad del artículo 1.279 del C.c. no se limita a los supuestos comprendidos en el artículo 1.280 —el artículo 1.279, dice, alude expresamente a que la ley exija «el otorgamiento de escritura u otra forma especial», mientras que el artículo 1.280 sólo se refiere a la forma escrita— sino a cualquier hipótesis en que «para lograr la eficacia contractual se requiere una formalidad cualquiera y distinta de la escritura». (También en *Derecho civil de Puerto Rico*, t. I, vol. 2.º, San Juan P. R., 1972, pp. 258, 259 y 262, en relación a los artículos 1.230 a 1.232 del Código portorriqueño, prácticamente idénticos a los artículos 1.279 a 1.280 de nuestro C.c.)

<sup>208</sup> Para VÁZQUEZ BOTE, *Derecho civil de Puerto Rico*, cit., p. 263, nota 52, el artículo 1.279 del C.c. (art. 1.231 C.c. portorriqueño) «resulta un auténtico reconocimiento del precontrato. Que este precontrato vaya referido fundamentalmente a la forma contractual no excluye dicha calificación, ya que aquí la carencia o no de forma debida adquiere suficiente intensidad como para que, resultando distintos efectos, se altere la adscripción al tipo contractual correspondiente».

<sup>209</sup> Con independencia del Código civil de Puerto Rico.

<sup>210</sup> Dicho precepto procede del artículo 1.003 del proyecto español de 1851 (*Código civil comentado por Vélez Sarsfield*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1960) y es, por ello, similar al artículo 1.280

el artículo 1.185: «Los contratos que, debiendo ser hechos en escritura pública, fuesen hechos por instrumento particular firmado por las partes o que fuesen hechos por instrumento particular en que las partes se obligasen a reducirlo a escritura pública, no quedan concluidos como tales, mientras la escritura pública no se halle firmada; pero quedarán concluidos como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública»<sup>211</sup>.

de nuestro Código civil. Entre otros, exige dicha forma para los contratos traslativos de inmuebles, el contrato de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones, las convenciones matrimoniales, así como para algunos negocios que no son contratos como la repudiación o renuncia de derechos hereditarios. Originalmente dicho precepto exigía la forma pública «bajo pena de nulidad», pero tal sanción fue suprimida por la ley 17-711 en congruencia con lo dispuesto en los artículos que le siguen.

<sup>211</sup> En desarrollo de esta norma dice el artículo 1.187: «La obligación de que habla el artículo 1.185 será juzgada como una obligación de hacer, y la parte que resistiere hacerlo podrá ser demandada por la otra para que otorgue la escritura pública, bajo pena de resolverse la obligación en el pago de pérdidas e intereses» y añade el artículo 1.188: «Los contratos que, debiendo ser hechos por instrumento público o particular, fuesen hechos verbalmente, también quedarán concluidos para el efecto designado en el artículo anterior» (debe tenerse en cuenta, en relación a este último precepto, que aunque cuando el contrato se celebra verbalmente es también aplicable el art. 1.185 se plantea aquí el problema de su prueba, ya que en el Derecho argentino rige un sistema similar al francés, exigiéndose, para los contratos de valor superior a 10.000 pesos, que consten por escrito, no pudiendo ser probados por testigos —art. 1.193—. Ello implica que el art. 1.185 sólo puede operar cuando haya un principio de prueba por escrito o un principio de ejecución del contrato, supuestos en los cuales el art. 1.191 dispensa la prohibición del art. 1.193. LAVALLE COBO, en *Código civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, dirigido por Belluscio, t. 5, Buenos Aires, 1984, p. 863).

De la combinación de estos preceptos se desprende, según la doctrina argentina, que los contratos otorgados sin la forma exigida en el artículo 1.184 son válidos pero no generan los efectos del tipo contractual al que pertenecen engendrando sólo una obligación de hacer consistente en el otorgamiento de la forma prescrita en la Ley. Se dice, por ello, que se está ante casos de «nulidad efectiva» que, por oposición a la «nulidad plena», no afecta a la validez del negocio «siendo la cualidad misma de los efectos la que resulta afectada» (LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Teoría de los contratos, Parte general*, Buenos Aires, 1971, p. 189, nota 15; ZANNONI, *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1986, p. 80, nota 152).

Pues bien, para parte de la doctrina argentina —que discute cuál es la naturaleza del negocio jurídico no formal, usualmente denominado «boleto», que, conforme al art. 1.185, genera la obligación de otorgar la correspondiente escritura— y concretamente, para la llamada «tesis formalista», el negocio no formal debe ser considerado como un *precontrato* en el cual las partes se obligan a celebrar en el futuro, mediante el otorgamiento de la escritura pública, el verdadero contrato. Desde este punto de vista la compraventa inmobiliaria celebrada en documento privado es nula como contrato de compraventa pero vale como obligación de escriturar el negocio. Afirman, por ello, algunos autores que la aplicación del artículo 1.185 determina en realidad, la *conversión* del negocio, que, a consecuencia de la falta de forma, pierde sus efectos propios y pasa a ser un acto jurídico distinto (SANTOS CIFUENTES, en *Código civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, dirigido por Belluscio, t. 4, Buenos Aires, 1982, p. 467; LAVALLE COBO, ob. cit., p. 823). Esta opinión, que parece tener en su favor el propio texto del artículo 1.185 que dice que los contratos que abarca, cuando se otorgan sin la forma requerida, «no quedan concluidos como tales» sino «como contratos en que las partes se han obligado a hacer escritura pública» como si éste fuese su único contenido, no es compartida por todos los autores. Para la tesis «no formalista», el negocio celebrado en inobservancia de la forma exigida es un contrato definitivo y no una promesa de contrato: el «boleto de compraventa» es, según esta tesis, un verdadero contrato de compraventa que genera las obligaciones propias de éste: entrega de la cosa y pago del precio (resultando, por tanto, aplicable el régimen de la compraventa, mientras que, según la tesis formalista, le serían aplicables las reglas generales a todos los contratos) aunque no la

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

CALVO SORIANO sostiene, por su parte, que «los negocios comprendidos en los seis números del artículo 1.280 mientras no figuren en documento público... son ineficaces, no tienen valor jurídico alguno, salvo la acción para exigirse recíprocamente el cumplimiento de la forma prescrita». Tales negocios, dice, sin forma «existen, pero no valen». Esta tesis le lleva a realizar afirmaciones, a nuestro juicio, inadmisibles, entre ellas, que la compraventa de inmuebles en documento privado y con entrega real y efectiva de la posesión no transmite la propiedad<sup>212</sup>.

HERMIDA LINARES propugna una tesis similar a las anteriores aunque con ciertos matices. Dice que, si bien todos los contratos son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado (art. 1.278), determinados contratos no producen sus efectos «propios, típicos o especiales» hasta que se cumple el requisito de la forma. Para permitir que se produzcan tales efectos faculta el artículo 1.279 a los contratantes a que se compelan a llenar la forma. Este autor justifica la redacción del artículo 1.279 indicando que la utilización de las palabras «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato» en lugar de las palabras «para producir los efectos propios de un contrato», que son las que, en su opinión, corresponden al sentido del precepto, se debe a la concepción de contrato como productor de obligaciones de que parte el Código, sin tener en cuenta que los contratos no se limitan a producir obligaciones sino que generan otros efectos (constitución, modificación y extinción de derechos reales, establecimiento del régimen patrimonial de bienes durante el matrimonio...), además de que pueden afectar gravemente a los intereses de terceros<sup>213</sup>.

---

transferencia del dominio, para la cual se considera necesaria el otorgamiento posterior de la escritura pública (vid. LAVALLE COBO, ob. cit., pp. 835 y ss.; y LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., pp. 185 a 189). Hay que hacer notar, en cualquier caso, que la formalización del contrato no es suficiente para la traslación del dominio, es necesaria además la tradición —en el Derecho argentino rige la teoría del título y el modo— y, si se quiere que el derecho real sea plenamente eficaz frente a terceros, la inscripción registral (LAVALLE COBO, ob. cit., p. 861; LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., pp. 191 y ss.).

Es de tener en cuenta, por otra parte, que, con independencia de la opinión que se adopte, se entiende en la actualidad que la obligación de otorgar la escritura pública es susceptible de ejecución forzosa en forma específica pudiendo el Juez suplir la voluntad del contratante rebelde (LAVALLE COBO, ob. cit., pp. 838-841 y 859-861; LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., pp. 203 y 204).

<sup>212</sup> Independientemente de que no distingue los supuestos que son contratos de los que no lo son, llega a decir este autor que en los contratos comprendidos en el número 1 del artículo 1.280, dado que el contrato privado sólo vincula al otorgamiento de la escritura pública, el efecto dispositivo va ligado exclusivamente a ésta (art. 1.462.2), por ello afirma que una compraventa celebrada en documento privado y en la que existe transferencia de la posesión —posesión real— no provoca la transmisión de la propiedad. Vid. CALVO SORIANO, «La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público», en *Estudios de Derecho notarial*, vol. I (Cenenario de la Ley del Notariado, sección 2.<sup>a</sup>), Madrid, 1962, pp. 482-492. Afirma, además, que si los negocios comprendidos en el artículo 1.280 se cumplen voluntariamente al margen de la forma «no habrá cumplimiento voluntario de un contrato válido, sino realización de unas prestaciones sin vínculo de causalidad jurídica, que podrán ser repetidas en cualquier momento, por moverse en círculos ajenos al Derecho» (ob. cit., p. 488).

<sup>213</sup> En nuestra opinión es cierto que la forma puede condicionar la producción de alguno de los efectos de determinados contratos y así podrá comprobarse en capítulos posteriores. No obstante, este autor,



También para REGLERO CAMPOS el artículo 1.279 utiliza el término obligación incorrectamente, pues el precepto se refiere, en su opinión, a aquellos efectos del contrato para cuya producción es necesaria la documentación<sup>214</sup>. Sin embargo, a diferencia de los autores anteriormente citados, especialmente los dos primeros, para quienes el contrato no formalizado no genera las obligaciones propias del tipo contractual de que se trate, piensa este autor que tales efectos son aquellos, como la oponibilidad del negocio, la posibilidad de acceso del título al Registro, la eficacia traslativa (art. 1.462.2) o la obtención de preferencia en los créditos, habitualmente ligados a la documentación<sup>215</sup>. A su juicio, la acción que el artículo 1.279 concede a las partes «se extiende a todas aquellas (hipótesis) en que la documentación del contrato proporcione una determinada utilidad a los contratantes, o a uno cualquiera de ellos»<sup>216</sup>.

Por último, estima CAICOYA CORES que la expresión del artículo 1.279 «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato» quiere decir realmente: «para hacer efectivas frente a terceros las obligaciones propias de un contrato». Según este autor, el artículo 1.278 regula la eficacia del contrato entre las partes: para que los contratantes puedan exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del mismo no es necesario que el contrato conste en una forma específica. Sin embargo, como medida de protección para los terceros que puedan verse afectados por el contrato, prescribe la Ley que algunos consten en escritura pública; por ello, el artículo 1.279, con el objeto de que los contratantes puedan «hacer efectivas frente a terceros» las obligaciones derivadas del contrato, permite a éstos compelerse a llenar la forma<sup>217</sup>.

---

llega, a nuestro juicio, a conclusiones erróneas: en relación al contrato de sociedad civil con aportación de inmuebles dice que la personalidad jurídica de la sociedad depende de la observancia de la forma pública (vid. *infra*, cap. V) y, en relación al de donación de inmuebles, dice que la donación no formal es válida pero el efecto típico, que es la transmisión del dominio, no se produce hasta el otorgamiento de la escritura pública (vid. *infra*, cap. II). Respecto a las hipótesis previstas en el número 1 del artículo 1.280 llega a la misma sorprendente conclusión que CALVO SORIANO: una compraventa en documento privado en la que medie traspaso posesorio, real y efectivo, no transmite el dominio en tanto no se otorgue la escritura pública (sostiene, incluso, que no vale como título para la prescripción ordinaria). Finalmente, al intentar aplicar su tesis al párrafo final del artículo 1.280 (contratos de valor superior a 1.500 pesetas) no tiene más remedio que concluir diciendo que el efecto que queda supeditado a la documentación del contrato es el nacimiento de las obligaciones que constituyen el contenido de los mismos y que «el contenido obligacional de estos contratos sin llenar el requisito de la forma escrita se reduce a poderse compeler a su cumplimiento» (HERMIDA LINARES, «Interpretación de los arts. 1.278, 1.279 y 1.280 del C.c.», en *RCDI*, 1953, pp. 639 y ss.).

<sup>214</sup> La frase adecuada sería, dice este autor: «para hacer efectivos todos los efectos propios de un contrato» si bien, apunta, «quizá al objeto de evitar la cacofonía, se utiliza la expresión obligaciones» lo que se explicaría si se tiene en cuenta que el Código no es «precisamente un dechado de perfección técnica» y «concretamente, en lo que se refiere al término obligación, lo hace de modo técnicamente incorrecto en no pocas ocasiones». REGLERO, «Comentario a los artículos 1.278 a 1.280 C.c.», cit., pp. 676-680.

<sup>215</sup> Ob. cit., pp. 734-740.

<sup>216</sup> Ob. cit., p. 732.

<sup>217</sup> No queda claro el ámbito en que este autor considera operante el artículo 1.279. Lo interpreta en relación al artículo 1.280 pero también lo pone en conexión con los artículos 1.667 y 1.668 (equiparando

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

### 3. Significado del artículo 1.279 C.c. Su relación con los artículos 1.278 y 1.280

Antes de comenzar a comentar los artículos 1.278 a 1.280 C.c. conviene hacer notar que, mientras los dos primeros se refieren exclusivamente a *contratos*, el artículo 1.280 enumera algunos negocios que no son contratos<sup>218</sup> y que, por tanto no están, en principio, sujetos a la regla general sentada en el artículo 1.278 ni les afecta la facultad prevista en el artículo 1.279. En consecuencia, al estudiar la relación entre los tres preceptos mencionados hay que dejar fuera la renuncia a los derechos reales (salvo que se articule como renuncia traslativa lo que equivale a una cesión –*infra*, cap. II, VIII, 1-), la repudiación de la herencia, la renuncia a los derechos de la sociedad conyugal y el negocio de apoderamiento<sup>219</sup> (art. 1.280, 1.º, 4.º y 5.º).

El artículo 1.278 C.c., idéntico a su precedente en el Anteproyecto (art. 1.291), es congruente con lo dispuesto en la Ley de Bases (base 20) que ordenaba conservar en

---

equivocadamente eficacia frente a terceros del contrato de sociedad y personalidad jurídica de la sociedad civil –vid. *infra*, cap. V-) y con el artículo 1.865 (CAICOYA CORES, «Significado de la exigencia de forma del art. 1.279 C.c.», en *AAMN*, t. 27, 1984, pp. 211 y 212).

La interpretación que realiza plantea problemas en el supuesto del número 1 del artículo 1.280 pues, en todo caso, habría que distinguir la eficacia frente a terceros del contrato (antes del nacimiento o transmisión de los derechos reales de que se trate mediante la tradición, real o simbólica) de la eficacia «*erga omnes*» que tiene el derecho real una vez constituido o transferido mediante la tradición (de la cual es sólo una modalidad el otorgamiento de escritura pública). El propio CAICOYA CORES dice por ello (p. 206) que «cuando la titularidad real ha sido ya creada por intermedio de la tradición, exista o no documento público, ya no puede predicarse ningún efecto proveniente del artículo 1.280». Su tesis no casa tampoco con el último inciso del artículo 1.280 que exige la escritura privada para ciertos contratos, ya que el documento privado no tiene, en sí mismo, eficacia frente a terceros (cfr. arts. 1.225 y 1.227 C.c.).

Por otra parte, observa este autor que aunque, en su opinión, cuando el contrato no se formaliza «la inoponibilidad defendida despliega toda su eficacia aun cuando se demuestre que quien pretende utilizarla tenía conocimiento de la existencia del contrato» (lo que nos parece contrario al art. 7.1 C.c.), la documentación del contrato no siempre implica, en contraposición, eficacia frente a terceros, así sucede, según el indicado autor, en el supuesto del número 2 del artículo 1.280, puesto que el arrendamiento sólo es eficaz frente a tercero (el comprador de la finca arrendada) cuando se inscribe (art. 1.549 C.c. en relación al art. 2.5 LH). Además pone como ejemplo de que la formalización del contrato no siempre determina su eficacia frente a terceros el artículo 1.526, ya que entiende, erróneamente (vid. *infra*, cap. VII), que para la eficacia de la cesión frente al deudor (al que considera tercero en el sentido del art. 1.526) no basta el documento público sino que «se exige su puesta en conocimiento y hasta su aceptación como se infiere del artículo 1.527». Por ello afirma, finalmente, aunque sólo en relación al artículo 1.280, que «cabría definir la forma exigida en el artículo 1.280... como requisito mínimo de oponibilidad» (pp. 204-206).

<sup>218</sup> La heterogeneidad de los negocios comprendidos en el artículo 1.280 justifica, para algunos autores, que dicho precepto hable de *documento público* en lugar de *escritura pública*, ya que para algunos de ellos bastan documentos que no son escrituras, así sucede con la repudiación de la herencia (*infra*, apart. III, 4) y sucedía, antes de la reforma del régimen económico matrimonial practicada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, con las capitulaciones matrimoniales que, en ciertos casos, podían ser otorgadas ante los Secretarios de Ayuntamiento (antiguo art. 1.324) (*infra*, apart. III, 5). MANRESA, ob. cit., p. 678 y CASTÁN, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 544.

<sup>219</sup> Vid. *infra*, apart. III, 4.

el Código el principio según el cual el vínculo obligatorio nace del consentimiento expresado en cualquier forma. Del artículo 1.278 se desprende, como se apuntó al comentar el artículo 1.291 del Anteproyecto, no sólo que los contratos son, como regla, válidos sin necesidad de observar una forma específica, sino que, concurriendo los requisitos necesarios para su validez –lo que implica que el art. 1.278 no entra en juego cuando la propia ley exige la forma como requisito constitutivo del contrato– tienen *eficacia obligatoria*, eficacia obligatoria que se desenvuelve exclusivamente entre las partes (art. 1.257) y que es la eficacia, por así decirlo, básica y general a todo contrato (art. 1.254), con independencia de que puedan, además, surtir otros efectos. Dado que el artículo 1.280 no exige el documento público o privado como presupuesto de validez de los negocios a que se refiere, ha de entenderse que los contratos en él comprendidos –a excepción de aquellos como la donación<sup>220</sup> o las capitulaciones matrimoniales<sup>221</sup> para los que otros preceptos exigen la forma como requisito constitutivo– siendo válidos aunque no consten en escritura pública o privada, son obligatorios. Ahora bien, ¿en qué consiste la eficacia obligatoria que despliega todo contrato con independencia de su forma de celebración? Hemos visto que algunos autores, poniendo el artículo 1.280 en conexión con el 1.279, entienden que, con anterioridad a su documentación, el contenido obligatorio de los contratos enumerados en aquel precepto se reduce al nacimiento de una facultad para compelerse a llenar la forma. Sin embargo, si se relaciona el artículo 1.278 C.c. con el artículo 1.258, según el cual la perfección del contrato y el consiguiente nacimiento de obligaciones tiene lugar en el momento de prestación del consentimiento, resulta que las obligaciones que genera todo contrato una vez perfeccionado por el consentimiento, manifestado en cualquier forma, son las expresamente pactadas y las que conforme a la buena fe, al uso y a la ley se deriven de la propia naturaleza del contrato. Por consiguiente, el nacimiento de las obligaciones propias del contrato no queda supeditado a la celebración de éste en una concreta forma, como, por otra parte, se deduce claramente, aunque algún autor estime lo contrario, del propio artículo 1.279, que dispone que la forma sólo puede ser necesaria (independientemente de las ocasiones en que sea precisa para la validez del contrato, en cuyo caso no se aplica el citado precepto) para *hacer efectivas* dichas obligaciones, y no, por tanto, para el nacimiento de las mismas. El problema radica, obviamente, en descifrar el verdadero significado de esta expresión.

En los debates que siguieron a la publicación de la primera edición del Código afirmaba GAMAZO que el artículo 1.278 era consecuencia inexcusable de la base en que se consagraba la doctrina del Ordenamiento de Alcalá, según la cual los contratos eran obligatorios aunque carecieran de toda solemnidad y decía, replicando a AZCÁRATE

<sup>220</sup> Vid. cap. II.

<sup>221</sup> Vid. *infra*, apart. III, 5.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

que consideraba el precepto superfluo: «¿Y que quería decir eso? Pues pura y simplemente lo que dijeron los tratadistas para explicar y concordar la ley del Ordenamiento con la doctrina extensa sobre los contratos que contenían las leyes de Partida: *que del hecho del contrato nacen todas las acciones indispensables para obligar al contratante a prestarse a cuanto fuese necesario para las solemnidades y consecuencias del contrato*»<sup>222</sup>. Es indudable que el artículo 1.279 C.c. responde a esta idea, que había sido consagrada por la doctrina y la jurisprudencia anterior al Código: en los casos en que es necesaria una determinada forma, no como requisito constitutivo del contrato, sino a otros efectos, el contrato es obligatorio (art. 1.278) y la obligación de llenar la forma requerida por la ley forma parte del contenido obligatorio del contrato (art. 1.279). Sin embargo, este precepto en cuanto se refiere a la forma describiéndola como la necesaria «para hacer efectivas» las obligaciones propias del contrato parece estar pensado para hipótesis en que la forma es precisa para exigir judicialmente el cumplimiento del acuerdo. En nuestra opinión, como ya indicamos al exponer las discusiones parlamentarias suscitadas en torno a las bases 19 y 20, es probable que se redactara el artículo 1.279 del Código de la forma en que se hizo con el fin de armonizar el principio espiritualista con la exigencia de la base 19, según la cual la forma escrita debía ser requerida, en ciertos casos, para la prueba del convenio<sup>223</sup>. La forma exigida «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato» sería, pues, la requerida para probar la existencia del contrato, y necesaria, por tanto, para exigir su cumplimiento y obtener la *efectividad* de las obligaciones contractuales. Esta explicación choca, sin embargo, con el hecho de que el mandato de la base 19 no llegara a desenvolverse en el Código.

Podría pensarse que el legislador introdujo el artículo 1.280 con objeto de determinar los contratos que debían plasmarse por escrito para que pudiera reclamarse judicialmente su cumplimiento —finalidad ésta que era la que tenía su precedente, el artículo 1.003 del Proyecto de 1851—. Así parece desprenderse de la Exposición de Motivos de la segunda edición del Código en la que se justifica la adición al artículo 1.280 de su último párrafo —que no existía en la primera edición—, indicando que con ella se pretendía evitar que la exigencia formal prevista en dicho precepto dificultara los contratos de poca entidad por lo que «una adición al artículo 1.280 exime de aquella formalidad los contratos no comprendidos en los seis números del mismo artículo y permite *hacerlos valer*, aunque su importe exceda de cierta suma, si constan sólo por escrito privado, quedando libres de toda solemnidad los mismos contratos de inferior cuantía»<sup>224</sup>. Ahora

<sup>222</sup> GAMAZO, *Diario del Congreso*, 9 abril 1889, n.º 90, p. 1701.

<sup>223</sup> Este es el sentido de la expresión «para que pueda pedirse en juicio su cumplimiento o ejecución», según se deduce de las discusiones que suscitó dicha base (*supra*, apart. III, 1, E).

<sup>224</sup> Es notoria, en cualquier caso, la incongruencia en que incurre la explicación dada en la Exposición de Motivos para justificar la inclusión del párrafo final del artículo 1.280, puesto que, si lo que se pretendía era evitar que se dificultara la celebración de contratos de poca entidad por requerir el artículo 1.280

bien, para que la forma requerida en el artículo 1.280 fuese realmente necesaria para «hacer efectivas» las obligaciones contractuales hubiera sido preciso que en el capítulo correspondiente a la prueba de las obligaciones se hubiesen limitado los medios de prueba admisibles en los casos en que el contrato debía constar documentalmente. De hecho los vocales de la Comisión de Codificación se manifestaron en este sentido al examinar el libro IV del Anteproyecto antes de que empezara a publicarse el Código en la *Gaceta*<sup>225</sup>. La falta de adecuación en este punto del Código a la Ley de Bases fue también puesta de relieve en los debates parlamentarios que siguieron a la publicación de la primera edición del Código<sup>226</sup>, pero, a pesar de ello, en la segunda edición no se modificó el título relativo a la prueba de las obligaciones limitándose el legislador a añadir al artículo 1.280 su último párrafo. Si con ello pretendió adaptarse al mandato de la base 19 –según la cual debía determinarse una cantidad mínima pasada la cual todo contrato debía probarse por escrito–, la adaptación fue solamente aparente en tanto que, insistimos, ya sea por olvido, ya sea intencionadamente, no se acompañó con la necesaria limitación de los medios de prueba.

---

su documentación en escritura pública, carece de sentido que se eximiera de dicha forma –considerando suficiente la escritura privada– precisamente a los contratos «no comprendidos en los seis números del mismo artículo» que, por definición, no estaban sujetos a la necesidad de escritura pública.

<sup>225</sup> Entre las observaciones que al libro IV del Anteproyecto hicieron los vocales de la Comisión de Codificación (fechadas en junio de 1888 y anteriores, por tanto, a la publicación de la primera edición del Código que comenzó en octubre) destaca la relativa a la no inclusión de preceptos que impusieran una limitación de los medios de prueba en los supuestos en que el contrato debía constar en escritura pública (artículo 1.293 del Anteproyecto y art. 1.280 C.c.).

Así, en sus anotaciones al título relativo a la prueba de las obligaciones dice CÁRDENAS que «falta en esta sección el artículo 1.202 del Proyecto del 51» –precepto éste que, como se recordará, decía que la falta de escritura pública no podía suplirse con ninguna otra prueba– y añade que «en este proyecto no se contiene ninguna prueba de las obligaciones que la ley manda consignar en instrumento público. De aquí resulta que la prueba testifical deberá admitirse en los casos en que la excluye el artículo 1.220 del Proyecto del 51» (legajo 19, carpeta 3.ª, documento 1.º, notas 28 y 29). Asimismo, se criticó la falta de un precepto que impusiera la forma escrita para los contratos que superaran un determinado valor. CÁRDENAS objeta al artículo 1.292 del Anteproyecto (1.279 C.c.) «¿por qué se suprime el artículo 1.002 que exige se escriban las obligaciones de valor de 900 pesetas o más?» (loc. cit., nota 38). Un comentario similar hace DANVILA al capítulo «De la forma de los contratos». Dice: «la mayor parte de los Códigos exigen que el contrato deberá redactarse por escrito cuando excede de determinada cantidad. ¿Por qué no se admite esta doctrina? Se evitarían muchas falsedades» (legajo 19, carpeta 3.ª, documento 3.º).

Pese a las observaciones realizadas por los vocales no se modificó la regulación del Anteproyecto que pasó a publicarse, tal cual, como Código. La única alteración digna de resaltar –cuyo origen no hemos podido constatar– es el cambio de la rúbrica del título relativo a la forma de los contratos que ya en la primera edición del Código pasa a denominarse «De la eficacia de los contratos».

<sup>226</sup> RODRÍGUEZ SAN PEDRO (*Diario del Congreso*, 16 abril 1889, n.º 96, p. 1785) observó: «desde el instante en que aquí se declara que la prueba de testigos está admitida en absoluto, sin limitación alguna, para probar todo linaje de obligaciones y hacerlas efectivas, apreciándose esa prueba según el criterio de los jueces, la base 19 está infringida en un principio que no es de accidente, sino que es completamente fundamental, a saber: la no validez, la no exigibilidad en juicio de ninguna obligación que no conste en un principio de prueba por escrito».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Resulta, por consiguiente, que si lo que pretendió el legislador al redactar el artículo 1.279 C.c. fue, no sólo consagrar legalmente la posibilidad de los contratantes, reconocida por la jurisprudencia y la doctrina del siglo XIX, de compelerse a llenar la forma requerida para un contrato cuando ésta no tenía carácter de elemento esencial del mismo (por ejemplo en los casos en que era necesaria para inscribir el contrato en el Registro), sino, específicamente, aclarar que dicha facultad correspondía a las partes también en los casos en que la forma fuese necesaria para hacerlos valer en juicio (casos que debieran haber sido los comprendidos en el artículo 1.280 C.c.), dicha pretensión no tenía razón de ser. Por un lado, porque no existe en el Código ninguna hipótesis en que la forma escrita sea imprescindible para «hacer efectivas» judicialmente las obligaciones del contrato al no existir un sistema de tasa de la prueba. Por otro, porque, aunque la hubiera, el facultar a las partes a exigir judicialmente la documentación necesaria para la prueba del contrato (lo que, a su vez, requiere la prueba de la previa existencia del convenio y, por tanto, la admisión de pruebas distintas a la documental) y, posteriormente, exigir su cumplimiento no deja de ser, como ya advertía FERNÁNDEZ HONTORIA, un rodeo absurdo que conduce al mismo resultado que si no se exigiera la forma escrita con carácter «ad probationem», resultando de todo punto ilógico limitar los medios de prueba de la existencia del contrato cuando se pretende su ejecución y admitir cualquier medio de prueba para probar la existencia del mismo cuando lo que se pide es su documentación.

Se aprecia en conclusión que existe en el Código una patente falta de coordinación entre los preceptos que regulan la forma del contrato y los que regulan la prueba de las obligaciones. Aunque el artículo 1.279 parece pensado para ser aplicado a contratos que requieren la forma con carácter «ad probationem», ello no es posible en tanto que no hay en el Código ningún contrato de tales características. En consecuencia, no cabe otra interpretación del artículo 1.279 que la que hasta ahora ha venido manteniendo la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina. Debe efectuarse, no obstante, alguna matización.

Es evidente que aunque la exigencia de forma contenida en el artículo 1.280 C.c. deviniera innecesaria para probar la existencia del contrato al no establecerse en el capítulo correspondiente a la prueba de las obligaciones un sistema de tasa de la prueba, el artículo 1.279 C.c. no deja por ello de ser aplicable a los contratos previstos en el artículo 1.280 C.c. Aunque la forma requerida en el artículo 1.280 C.c. no sea precisa para «hacer efectivas» judicialmente las obligaciones dimanantes de los contratos que enumera, el artículo 1.279 C.c. permite a las partes compelerse al otorgamiento de la forma correspondiente a los efectos que sean pertinentes. El ejercicio de dicha acción es útil fundamentalmente en los supuestos previstos en los números primero y segundo del artículo 1.280<sup>227</sup> (el art. 1.279 no es aplicable al contrato de capitulaciones

---

<sup>227</sup> No tiene mucho sentido en relación a los contratos cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, que según el último inciso del artículo 1.280 deben constar en documento privado. Como se ha indicado, esta

matrimoniales, que tras la reforma de 1.981, es, sin lugar a dudas, solemne, ni, en nuestra opinión, a los negocios unilaterales recogidos en sus números cuarto y quinto<sup>228</sup>) en relación a los cuales es claro que la forma pública tiene como fin permitir el acceso del contrato al Registro y la consiguiente eficacia frente a terceros<sup>229</sup> de los derechos resultantes<sup>230</sup>.

Ahora bien, independientemente de la relación del artículo 1.279 con el 1.280, hay que tener en cuenta que del artículo 1.278 se deduce a «sensu contrario» que la producción de aquellos efectos del contrato que no consistan en el nacimiento de las obligaciones propias del mismo puede estar supeditada a la observancia de una determinada forma. Ello implica, en nuestra opinión, que el artículo 1.279 puede ser aplicado a todos aquellos casos en que la forma no es presupuesto de validez del contrato pero es indispensable para que provoque ciertos efectos. Como se verá a lo largo de esta obra, en ocasiones la observancia de una forma determinada puede condicionar la producción de ciertos efectos del contrato o la producción de su eficacia típica. En estos casos habla la doctrina italiana de forma «ad regularitatem», «integrativa» o «complementaria»<sup>231</sup>.

Adelantando conclusiones posteriores hay que decir aquí que, a nuestro juicio, el artículo 1.279 C.c. es aplicable, con independencia de a los contratos comprendidos en el artículo 1.280 C.c., a los contratos de hipoteca y enfiteusis que, desde nuestro

---

regla se introdujo, aunque inútilmente, con el fin de adaptar la regulación del Código a lo dispuesto en la base 19 que exigía que los contratos que superaran un determinado valor constaran por escrito para su prueba.

En cuanto a la regla contenida en el número 6 del artículo 1.280, en nuestra opinión, ha de ponerse en conexión con lo dispuesto en el artículo 1.526 C.c.

<sup>228</sup> Vid. *infra*, apart. III, 4 y 5.

<sup>229</sup> En el supuesto del arrendamiento el «tercero» a que se refiere el precepto es el adquirente de la finca arrendada –art. 1.549 C.c. en relación al 2.5 LH-. Por todos, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, cit., p. 51

<sup>230</sup> Así se desprende de los comentarios de GARCÍA GOYENA a los números 1 y 4 del artículo 1.003 que preveían los mismos supuestos incluidos en los números 1 y 2 del actual artículo 1.280. Con independencia de que la escritura pública fuese en el Proyecto requisito «ad probationem», justificaba GOYENA la exigencia de forma pública para los contratos traslativos de la propiedad y otros derechos reales en la necesidad de «toma de razón» en el Oficio o Registro de hipotecas. Asimismo, al comentar la exigencia formal establecida para «los arrendamientos de bienes inmuebles por seis o más años» se remitía al artículo 1.831.5 del Proyecto que preveía su inscripción en el Registro (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, cit., pp. 39, 49).

<sup>231</sup> Vid. *infra*, cap. V, apart. V.

También la doctrina argentina considera insuficiente la bipartición tradicional que distingue entre forma «ad substantiam» y forma «ad probationem». Partiendo de lo dispuesto en los artículos 1.184 y 1.185 C.c. (vid. nota 211) distingue, dentro de la forma solemne, la que denomina *forma solemne absoluta* cuya inobservancia acarrea la nulidad plena del negocio (así sucede en la donación de inmuebles y de prestaciones vitalicias, ya que, según el art. 1.810, a estas hipótesis no se aplica el artículo 1.185), y la llamada *forma solemne relativa*, que es necesaria para que el negocio produzca sus efectos típicos de manera que, en su ausencia, el negocio, válido sin ella, produce efectos diversos (LÓPEZ DE ZAVALÍA, ob. cit., p. 189; ZANNONI, ob. cit., pp. 79-81, texto y nota 152 y SANTOS CIFUENTES, ob. cit., p. 467).

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

punto de vista, no tienen carácter solemne<sup>232</sup>. Asimismo, pensamos que es aplicable al contrato de sociedad civil con aportación de inmuebles<sup>233</sup>, al contrato de prenda<sup>234</sup> y al contrato dirigido a la cesión de un crédito<sup>235</sup>.

Aunque, como se desprende de lo expuesto con anterioridad, no parece que la redacción del artículo 1.279 C.c. obedezca a la posibilidad de aplicarlo a supuestos en que la forma condiciona la producción de ciertos efectos del contrato, la posibilidad de exigir, ex artículo 1.279 C.c., la documentación necesaria para que el contrato sea plenamente eficaz no es, en definitiva, sino una consecuencia de lo proclamado en el artículo 1.258 C.c. que obliga a los contratantes al cumplimiento de aquellas prestaciones que se deriven de la buena fe<sup>236</sup> y, por tanto, a procurar que el contrato despliegue los efectos que le son propios o la plenitud de sus efectos<sup>237</sup>.

### 4. Aplicación del artículo 1.279 C.c. a los negocios unilaterales comprendidos en el artículo 1.280

La aplicación del artículo 1.279 a los negocios unilaterales recogidos en el artículo 1.280 como la renuncia a los derechos reales, la denominada «renuncia a los derechos de la sociedad conyugal», la repudiación de la herencia o el negocio de apoderamiento nos parece discutible. La génesis del precepto y su propio fundamento demuestran que la facultad de compelerse a llenar la forma sólo tiene sentido respecto de las partes contratantes que, por virtud de la eficacia vinculante del consentimiento, están obligadas a otorgar los documentos necesarios para que el contrato despliegue plenos efectos (consistentes éstos, originariamente, en la posibilidad de exigir judicialmente el cumplimiento del convenio).

---

<sup>232</sup> Vid. *infra*, caps. III y IV.

<sup>233</sup> *Infra*, cap. V.

<sup>234</sup> *Infra*, cap. VI.

<sup>235</sup> *Infra*, cap. VII.

<sup>236</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, «Comentario al artículo 1.258 del C.c.», en *Comentarios del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 437, quien indica que la buena fe, en su aplicación al régimen de una relación contractual es «una fuente de creación de deberes accesorios del deber principal de prestación».

<sup>237</sup> La conexión entre ambos preceptos se pone de manifiesto en la Sentencia de 30 de octubre de 1992, aunque en relación a la formalización de unos contratos de compraventa inmobiliaria. La parte demandante había solicitado la elevación a escritura pública de los contratos privados con alteración de los términos pactados, afirmando la sentencia recurrida que ello sólo era posible si ambas partes estaban de acuerdo. Planteado recurso de casación motivado en la infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.279, dice esta sentencia que «el motivo fracasa porque si el precepto sustantivo —art. 1.258— en que se apoya la Sala de Apelación conduce a la misma solución que el propugnado por la recurrente, es evidente que no puede haber infracción del Ordenamiento Jurídico» y añade que «igualmente apoya la pretensión de la elevación a escritura pública el artículo 1.258 invocado por el Tribunal *a quo*, puesto que en él se inserta una obligación que, según la naturaleza del contrato referido, es exigible de conformidad a los preceptos sustantivos civiles e hipotecarios citados anteriormente, e igualmente al uso y la buena fe».



La repudiación de la herencia se considera, en virtud del artículo 1.008 C.c., un negocio solemne<sup>238</sup>. La forma requerida en dicho precepto es, sin embargo, más amplia que la prevista en el artículo 1.280,4. Como es sabido, aquél permite llevar a cabo la repudiación presentando un documento privado (suscrito por el llamado o por su procurador con poder especial al efecto) ante el juez competente —ante el cual será preciso que se ratifique— o bien, mediante «instrumento público o auténtico». Algunos autores consideran que «instrumento auténtico» equivale a documento indubitado<sup>239</sup>, esto es, aquél respecto de cuya autoría no hay duda, por ejemplo, un documento privado reconocido por el repudiante, y afirman que, en caso de efectuarse la repudiación mediante este tipo de documento, los herederos pueden obligar al repudiante, ex artículo 1.279 C.c., a que eleve el negocio a escritura pública surtiendo éste efecto frente a tercero sólo desde que adquiera fecha cierta<sup>240</sup>. En nuestra opinión, y con independencia de que sea dudoso que el legislador entendiera por «instrumento auténtico» algo distinto a escritura pública<sup>241</sup>, el artículo 1.279 C.c., por las razones antedichas, no es aplicable a este supuesto.

Por lo que respecta al negocio de apoderamiento, que debe constar en escritura pública en los casos previstos en el número 5 del artículo 1.280<sup>242</sup>, pensamos que tam-

<sup>238</sup> El artículo 1.008 C.c. dispone: «La repudiación de la herencia deberá hacerse en instrumento público o auténtico, o por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria o del abintestato».

La solemnidad de este negocio se justifica indicando que la repudiación afecta a los acreedores del repudiante, respecto de los cuales es conveniente una cierta publicidad, y abre la puerta a otros herederos, por lo que conviene que este llamamiento conste de modo inequívoco (MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VII, 7.ª ed., rev. por Bonet Ramón, Madrid, 1987, pp. 507, 508; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. VI, *Derecho de sucesiones*, vol. 1.º, 9.ª ed. rev. y puesta al día por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989, p. 178).

<sup>239</sup> El concepto de «instrumento auténtico» es controvertido. Mientras algunos autores lo equiparan a documento indubitado (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1988, p. 99; CASTÁN, *Derecho de sucesiones*, 1.º, cit., p. 178; GITRAMA GONZÁLEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, 1.º, Madrid, 1989, p. 298; O'CALLAGHAN, «Comentario a los artículos 988 a 1.009», en *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. I, Madrid, 1991, p. 2.381; LÓPEZ y LÓPEZ, ob. cit., p. 508) para otros por tal debe entenderse lo mismo que por documento público (MANRESA, ob. cit., p. 508; ROCA SASTRE, «Notas al Derecho de sucesiones de Kipp», en *Enneccerus*; KIPP Y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. V, 2.º, 2.ª ed. al cuidado de Puig Ferriol y Badosa Coll, Barcelona, 1976, p. 42. También parece inclinarse por esta concepción PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. V, vol. 1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 205, 206, nota 122 bis).

<sup>240</sup> LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, cit., p. 99. LÓPEZ y LÓPEZ, ob. cit., p. 508 y REGLERO, ob. cit., pp. 757, 758, aceptan la opinión de LACRUZ en lo atinente a la aplicación del artículo 1.279.

<sup>241</sup> En otras ocasiones en que el legislador utiliza la expresión «forma auténtica» o «documento auténtico» se observa que lo hace por influencia francesa ya que en el Derecho francés por «acto auténtico» se entiende lo mismo que por documento público o escritura pública —cfr. art. 1.317 C.c. francés— (vid. cap. II, nota 27).

<sup>242</sup> Tal exigencia atañe exclusivamente al negocio de apoderamiento y no afecta, como es obvio, al contrato (mandato, arrendamiento de servicios, etc.) que origine la relación subyacente (SCAEVOLA, *Código*

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

poco le es aplicable de modo directo el artículo 1.279. No existe en el Derecho comparado –al menos en los Ordenamientos examinados–, donde el negocio de apoderamiento es en principio libre de forma<sup>243</sup>, una regla semejante a la prevista en el artículo 1.280.5 de nuestro Código. La finalidad de la exigencia de forma pública que, conforme a la interpretación habitual del artículo 1.280, se entiende que no tiene carácter «ad solemnitatem»<sup>244</sup>, es dudosa, aunque probablemente se dirige a facilitar un medio de prueba de la existencia del poder cuando se refiere a actos que el legislador ha considerado de cierta trascendencia<sup>245</sup>. En cualquier caso, la doctrina más autorizada afirma que el tercero que celebra un contrato con el representante dotado de poder no formal –en los supuestos en que según el citado precepto debiera constar en escritura pública– podrá compeler al «dominus» a dotar al negocio de apoderamiento de la

---

*civil comentado*, continuado por Bonet Ramón, t. XXVI, 2.ª ed., Madrid, 1976, p. 769; LEÓN ALONSO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigido por Albaladejo, t. XXI, 2.º, Madrid, 1986, p. 50).

Muestra de la confusión entre poder y mandato es la opinión de MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XI, 6.ª ed. rev. por Bloch, Madrid, 1972, p. 606, que dice que debe constar en instrumento público «el mandato general para pleitos, y los especiales que deban presentarse en juicio: así también habrán de constar en instrumento público el mandato para administrar bienes y cualquiera otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero».

<sup>243</sup> En el Derecho alemán el negocio de apoderamiento no requiere ninguna forma específica. Es más, el parágrafo 167 B.G.B. dispone que no precisa la forma del negocio a que se refiere (por todos, SCHRAMM, «Comentario al parágrafo 167 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, Band 1, 3.ª ed., München, 1993). En el Derecho italiano, en cambio, aunque el apoderamiento es en principio libre de forma, si el negocio para el que se concede debe constar en una determinada, dicha forma debe revestirla también el apoderamiento por exigencia del artículo 1.392 C.c. (BIGGLIAZI GERI, voz «Procura», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI, p. 1.004). En el Derecho francés, donde el mandato y el poder se confunden por configurar el Código el mandato como representativo, se afirma que el mandato es un contrato consensual que no necesita ninguna forma específica para su validez (RODIÈRE, voz «Mandat», en *Encyclopédie Dalloz*, t. V, p. 10). Sobre la forma del apoderamiento cuando se otorga para celebrar un negocio solemne, véase, no obstante, el capítulo II, apart. IX.

<sup>244</sup> ALBALADEJO, «La representación», en *ADC*, 1958, t. XI, p. 781; DÍEZ-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, p. 149; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, vol. 1.º, 2.ª parte, por Puig Ferriol, Barcelona, 1979, pp. 940, 941; RIVERO HERNÁNDEZ, en *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general del Derecho civil*, vol. 3.º, Barcelona, 1990, p. 319.

<sup>245</sup> En el Proyecto de 1851 la escritura pública tenía, seguramente, el carácter de forma «ad probationem» del apoderamiento pues, como se recordará, el artículo 1.003 del Proyecto de 1851 preveía una serie de negocios que (con independencia de los casos en que su carácter solemne venía establecido por otros preceptos) sólo podían probarse mediante la escritura pública –aunque según GARCÍA GOYENA cabía acudir al juramento decisorio.

Por lo que respecta al Código civil, afirma DÍEZ-PICAZO, *La representación*, cit., p. 149, que la eficacia de la forma exigida para el apoderamiento es «ad probationem» en el sentido de que «el representante no podrá acreditar de otro modo su condición de tal ante los terceros o ante los funcionarios que por razón de su cargo deban intervenir o ser destinatarios de la acción representativa» que podrán alegar que no les consta la existencia del poder y negarse a admitir la eficacia del acto como acto del representado (salvo en la hipótesis, señala este autor, en que previamente hayan admitido la existencia de la representación en cuyo caso existe, bien una confesión, bien un *factum proprium* con el cual no es posible ponerse en contradicción).

forma legalmente exigida –integrando así el supuesto de hecho negocial que quedaba incompleto<sup>246</sup>–, pudiendo, además, el representante, al que se le otorga un poder que no consta en la forma requerida, exigir al «dominus» la documentación del mismo<sup>247</sup>. Ahora bien, la acción que el tercero pueda ostentar para exigir al principal la formalización del poder no se funda, en nuestra opinión, en el negocio de apoderamiento, sino en el contrato celebrado con el representante en nombre del principal y sobre la base del artículo 1.258 C.c. (no del art. 1.279) en virtud del cual los contratantes se encuentran obligados a aquellas consecuencias que se deriven de la buena fe. Del mismo modo, la posibilidad que se concede al representante de exigir al «dominus» la documentación del poder la tiene, a nuestro juicio, en virtud del deber de «facilitación de los medios necesarios para el cumplimiento de la gestión»<sup>248</sup> (derivado de la relación representativa instaurada entre poderdante y apoderado y que puede tener su base en un contrato de mandato o en otro distinto) que pesa sobre el principal. No es consecuencia de la aplicación del artículo 1.279 C.c.

Por lo que respecta a la referencia del artículo 1.280.4 a la renuncia a los derechos derivados de la sociedad conyugal, hay que decir que estaba en conexión con dos preceptos ya derogados, los antiguos artículos 1.364 y 1.394 C.c. Este último disponía los, siguiente: «La renuncia a esta sociedad no puede hacerse durante el matrimonio sino en el caso de separación judicial. Cuando la renuncia tuviere lugar por causa de separación, o después de disuelto o anulado el matrimonio, se hará constar por escritura pública, y los acreedores tendrán el derecho que se les reconoce en el artículo 1.001». El artículo 1.364 se refería a la hipótesis en que las partes excluían la vigencia de la sociedad de gananciales o a aquella en que «la mujer o sus herederos» renunciaban a dicha sociedad<sup>249</sup>. La denominada renuncia a la sociedad conyugal tiene su origen en la ley 60 de las de Toro. Pesando sobre la mujer la obligación de pagar las deudas contraídas por el marido

<sup>246</sup> DÍEZ-PICAZO, *La representación*, cit., pp. 150, 151, dice que los defectos formales del apoderamiento afectan al acto representativo, sólo en la medida en que aquél es un presupuesto de la eficacia de éste. El acto cumplido por el representante no es plenamente eficaz si el apoderamiento no consta en la forma exigida por la ley pero no es nulo ni anulable. El «dominus» no puede desconocer lo actuado por su representante. «El negocio representativo llevado a cabo por un apoderado con poder formalmente defectuoso no es un acto auténticamente inválido sino un negocio incompleto», señala este autor. «Si ello es así –continúa– es claro que en cualquier momento puede completarse la *species* y el negocio surtir todos sus efectos. Propiamente no se trataría de una subsanación, sino de una integración».

<sup>247</sup> DÍEZ-PICAZO, *La representación*, cit., p. 150.

<sup>248</sup> Deber que comprende, entre otros, el de facilitar al representante los documentos que éste precise para llevar a cabo la gestión, y entre los que se incluyen aquellos que acrediten su condición de tal. DÍEZ-PICAZO, *La representación*, cit., p. 123.

<sup>249</sup> Art. 1.364: «Cuando los cónyuges, en virtud de lo establecido en el artículo 1.315, hubiesen pactado que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes, o si la mujer o sus herederos renunciaren a dicha sociedad, se observará lo dispuesto en el presente capítulo (el relativo al régimen dotal), y percibirá el marido, cumpliendo las obligaciones que en él se determinan, todos los frutos que se reputarían gananciales en el caso de existir aquella sociedad».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

hasta donde llegara el importe de la mitad de gananciales que le fueren atribuidas a la disolución del matrimonio, la indicada ley permitía a la mujer, renunciando a las ganancias, eximirse de pagar las deudas asumidas por el marido constante el matrimonio. La típica renuncia a la sociedad conyugal era, en el Derecho histórico, la efectuada por la mujer. Se discutía, no obstante, si debía ser posterior a la disolución del matrimonio o era posible durante su vigencia<sup>250</sup>. En el Código civil se admitió la renuncia previa al matrimonio. Ahora bien, tal renuncia había de ser bilateral ya que, según la doctrina, era equivalente al supuesto previsto en el primer inciso del artículo 1.364 C.c. que establecía que si los cónyuges pactaban no someterse al régimen de gananciales sin expresar por cual había de regirse el matrimonio se aplicaba el régimen dotal. La renuncia anticipada a la sociedad conyugal era pues uno de los pactos que podían acordar los cónyuges en virtud del principio de libertad de estipulación del régimen económico matrimonial establecido en el antiguo artículo 1.315 y, por tanto, equivalía al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales<sup>251</sup>. La renuncia de «la mujer o sus herederos» a la sociedad de gananciales a que hacía referencia el segundo inciso del artículo 1.364 se estimaba, sin embargo, que aludía a la renuncia efectuada una vez disuelto el matrimonio<sup>252</sup> (téngase en cuenta que el artículo 1.394 C.c. prohibía realizarla constante el matrimonio salvo en el caso de separación judicial<sup>253</sup>) y era en realidad una renuncia a «los efectos y consecuencias» de la sociedad de gananciales, es decir, una renuncia a lo que obtendría el cónyuge a la liquidación de la sociedad<sup>254</sup>. El artículo 1.394 exigía, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1.280.4, que tal renuncia constara en escritura pública, exigencia formal que se justificaba indicando que la renuncia afectaba a los acreedores del cónyuge renunciante, y, por tanto, era necesario dotar el negocio de una cierta fehaciencia<sup>255</sup>.

<sup>250</sup> Vid. SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XXII, 2.ª ed. rev. por Reyes Monterreal, Madrid, 1967, pp. 219 y ss.

<sup>251</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. 1.º, Derecho de familia, 2.ª ed., Madrid, 1912, p. 558; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. IV, *Parte especial, Derecho de familia*, Valladolid-Madrid, 1913, p. 283; SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XXI, 2.ª ed. rev. por Reyes Monterreal, Madrid, 1967, p. 706; también, *Código*, t. XXII, cit., pp. 217 y ss.

<sup>252</sup> SCAEVOLA, *Código*, t. XXI, cit., p. 706 y t. XXII, cit., p. 219.

<sup>253</sup> Tal prohibición venía justificada por la regla de inmutabilidad del régimen económico conyugal (que subsistió hasta la reforma de 1975) ya que la renuncia efectuada antes de la disolución del matrimonio implicaba una alteración esencial de aquél. SCAEVOLA, *Código*, t. XXII, cit., p. 222; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. IX, 6.ª ed., rev. por Moreno Mocholí, Madrid, 1969, p. 645; COSSÍO, *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1963, p. 259.

<sup>254</sup> MANRESA, *Comentarios*, t. IX, cit., p. 645; SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXII, cit., pp. 223 y ss.; COSSÍO, *La sociedad de gananciales*, cit., p. 260; LACRUZ, *Derecho de familia*, t. I, Barcelona, 1978, p. 263.

La doctrina admitía también la posibilidad de que el marido pudiese renunciar a los derechos derivados de la sociedad conyugal si bien tal renuncia no le eximía de pagar las deudas provenientes de su administración. MANRESA, ob. loc. ult. cit., pp. 646, 651; LACRUZ, ob. loc. ult. cit., p. 264.

<sup>255</sup> Partiendo de esta argumentación el Tribunal Supremo entendió (S. 20-11-1915) que no habiendo acreedores que pudieran resultar perjudicados por la renuncia, ésta podía constar en cualquier forma

En la actualidad, tras la reforma del régimen económico matrimonial practicada por la Ley 11/1981, la renuncia a los derechos de la sociedad conyugal a que alude el artículo 1.280.4 ha de entenderse referida a la renuncia a la cuota que corresponda a cada uno de los cónyuges a la disolución de la sociedad de gananciales. La exigencia de escritura pública prevista en este precepto no puede considerarse forma «ad solemnitatem» del negocio. Tampoco es indispensable, en nuestra opinión, para que la renuncia pueda ser opuesta a terceros —para entenderlo así sería necesaria una disposición legal expresa<sup>256</sup>—, pero, en cualquier caso, a este supuesto no es aplicable el artículo 1.279 C.c.<sup>257</sup>.

##### 5. La forma del contrato de capitulaciones matrimoniales antes y después de la reforma de 1981. Su relación con el artículo 1.279 C.c.

Con anterioridad a la reforma practicada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo el artículo 1.321 C.c. disponía: «Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública otorgada antes de la celebración del matrimonio. Se exceptúan de esta regla los bienes que se hallen en las condiciones a que se refiere el art. 1.324». Este último precepto permitía otorgar las capitulaciones matrimoniales ante el secretario del Ayuntamiento y dos testigos, siempre que los bienes aportados por los cónyuges no fuesen inmuebles ni su valor superara las 2.500 pesetas y en el pueblo de residencia de los cónyuges no hubiese notario.

El citado artículo 1.321 no preveía sanción alguna para el caso de inobservancia de la exigencia de escritura pública. Este hecho, unido a lo dispuesto en el artículo 1.280.3 (también modificado por la indicada ley) que requería la forma pública para las «capitulaciones matrimoniales y la constitución y aumento de la dote, *siempre que se intente hacerlos valer contra terceras personas*», planteaba la duda acerca de si la forma era requisito esencial de las capitulaciones matrimoniales. Conforme al número 3 del artículo 1.280 podía pensarse que el contrato de capitulaciones matrimoniales era válido en ausencia de escritura pública y que las partes podían compelerse al otorgamiento de dicha forma ex artículo 1.279 C.c. con objeto de hacer el contrato oponible a terceros.

---

auténtica como sucede en materia de repudiación de la herencia (recuérdese que hay quien considera que la expresión «instrumento auténtico» del artículo 1.008 equivale a documento indubitado). MANRESA, *Comentarios*, t. IX, cit., pp. 648, 649; SCAEVOLA, p. 231; LACRUZ, *Derecho de familia*, cit., p. 263.

<sup>256</sup> LÓPEZ y LÓPEZ, ob. cit., p. 508, señala que en el actual sistema la documentación pública «serviría (innecesariamente) para ser opuesta dicha renuncia a los terceros» (el subrayado es nuestro).

<sup>257</sup> Siendo la renuncia unilateral el otro cónyuge no puede compeler al renunciante a que documente el negocio ex artículo 1.279 C.c. Tampoco tiene sentido que los acreedores del renunciante exijan a éste que formalice la renuncia. Podrán, en todo caso, desconocerla si el renunciante no puede probar de manera fehaciente su realización y su fecha. Ello con independencia de que pueda considerarse fraudulenta.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

La mayor parte de la doctrina afirmaba, sin embargo, que el contrato de capitulaciones matrimoniales tenía carácter solemne, ocasionando la falta de forma la nulidad del convenio<sup>258</sup>. Ahora bien, tras realizar tal afirmación, algunos autores añadían, con evidente falta de coherencia, que si el contrato no observaba la forma prescrita legalmente las partes podían compelerse al otorgamiento de la escritura, siendo éste «el único efecto» que podía producir el contrato no formal. Los derechos y obligaciones consignadas en el mismo —se decía— no podían ejercitarse antes del otorgamiento de la escritura<sup>259</sup>. Con independencia de que esta interpretación del artículo 1.279 C.c. (en cuanto que supedita el ejercicio de los derechos derivados del contrato a la documentación del mismo) no sea correcta, es evidente que si se entendía que la escritura pública era forma «ad solemnitatem» del contrato de capitulaciones matrimoniales no podía al mismo tiempo considerarse aplicable el artículo 1.279 C.c. Ello sólo podía mantenerse estimando que la forma era necesaria para la eficacia frente a terceros del convenio.

En realidad, si partimos de la finalidad con que se estableció la exigencia de forma en el contrato de capitulaciones matrimoniales, la sanción más razonable para la falta de escritura pública es la que se derivaba del artículo 1.280.3 en su redacción original, es decir, inoponibilidad frente a terceros, y no nulidad del contrato (consecuencia ésta que, por otra parte, no venía establecida en el antiguo art. 1.321 C.c.). La necesidad de forma pública fue impuesta en el Proyecto de 1851<sup>260</sup> por influencia de lo dispuesto en el artículo 1.394 francés<sup>261</sup>. Según GARCÍA GOYENA este requisito formal tenía como fin prevenir el fraude impidiendo que los cónyuges pudiesen alterar el contenido del contrato o antedatarlo, lo que resultaba extremadamente fácil si constaba

---

<sup>258</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. V, 1.º, cit., p. 566; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil*, t. IV, cit., p. 290; MOUTON y OCAMPO, voz «Capitulaciones matrimoniales», en *Enciclopedia jurídica española* Seix, t. IV y V, p. 792; SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XXI, cit., pp. 231 y ss.; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. IX, cit., pp. 200 y ss.; LACRUZ, *Derecho de familia*, cit., p. 155.

<sup>259</sup> Así, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, t. V, 1.º, cit., p. 567; VALVERDE, *Tratado*, t. IV, cit., p. 291; MANRESA, *Comentarios*, t. IX, cit., p. 202.

<sup>260</sup> El artículo 1.003.5 la exigía sin establecer ninguna sanción para su inobservancia. No obstante, el artículo 1.242 requería la escritura pública bajo pena de nulidad. Disponía este último precepto: «Las capitulaciones matrimoniales deberán hacerse en escritura pública, so pena de nulidad, salvo lo dispuesto en el artículo 1.244. Para ser válida cualquiera alteración que se haga en las capitulaciones, deberá practicarse con asistencia de todas las personas que concurrieron a ellas, extenderse en escritura pública, y ser anterior a la celebración del matrimonio».

<sup>261</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., t. III, p. 260.

El antiguo artículo 1.394 C.c. francés disponía en su párrafo primero: «Todas las convenciones matrimoniales serán otorgadas antes del matrimonio, por documento ante notario.» (Tras la reforma de la ley n.º 65-570 de 13 de julio de 1965 queda redactado como sigue: «Todas las convenciones matrimoniales serán otorgadas por documento ante notario, en la presencia y con el consentimiento simultáneo de todas las personas que han sido partes o de sus mandatarios.»)

en un documento privado<sup>262</sup>. Es notorio, sin embargo, que para cumplir esta finalidad no era necesario imponer la prescripción formal bajo pena de nulidad ya que hubiera bastado con exigir la escritura pública (o un documento privado de fecha cierta) para la eficacia del contrato frente a terceros<sup>263</sup>. De hecho, los propios comentaristas del Código civil francés consideraron insuficiente para justificar la solemnidad de las capitulaciones matrimoniales el argumento según el cual la exigencia de documento notarial del artículo 1.394 del Code tenía como fin probar que el contrato se había celebrado con anterioridad al matrimonio —tégase en cuenta que regía el sistema de inmutabilidad de las capitulaciones matrimoniales— e impedir que fuese antedatado fraudulentamente. El único argumento que se consideraba suficientemente contundente para justificar el carácter solemne de las capitulaciones matrimoniales era el derivado de entender que, dada la complejidad de este contrato en el que habitualmente se establece, además de otros pactos, el régimen económico conyugal, las partes precisaban el consejo y asesoramiento de un notario<sup>264</sup>. Esta finalidad, según se desprende de los

---

Con base a este precepto se ha considerado tradicionalmente que las capitulaciones matrimoniales son un contrato solemne. BAUDRY-LACANTINERIE, *Trattato teorico-pratico di Diritto civile, Del contratto di matrimonio o dei regimi matrimoniali*, vol. 1.º, versión italiana, Milano, s/f, n.º 77, p. 113; LAURENT, *Principes de Droit civil français*, t. XXI, 2.ª ed., Bruxelles-París, 1.878, n.º 44, p. 63; GUILLOUARD, *Traité du contrat de mariage*, t. I, París, 1.885, n.º 197, p. 180; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. IV, vol. 1.º, *Régimes matrimoniaux*, 5.ª ed., por De Juglart, París, 1982, p. 98; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, por Raynaud, 2.ª ed., París, 1986, p. 110.

<sup>262</sup> GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 261.

<sup>263</sup> Así se hacía en el Proyecto en relación al contrato de prenda y a la cesión de créditos, respecto de los cuales se establecían ciertas exigencias formales con objeto de evitar el falseamiento de la fecha del contrato o la modificación de su contenido en perjuicio de terceros. Vid. cap. VI, apart. IV, 1; cap. VII, apart. II, 1.

<sup>264</sup> Vid. LAURENT, ob. cit., n.º 43, pp. 60 y ss.; GUILLOUARD, ob. cit., n.º 188, pp. 172, 173. Semejantes consideraciones hacía BIANCHI, «Del contratto di matrimonio», en *Il Diritto civile italiano*, dirigido por Fiore y Brugi, *Parte dodicesima, Dei contratti speciali*, Napoli-Torino, 1924, p. 64, en torno a la exigencia de documento notarial impuesta en el artículo 1.382 del Código italiano de 1865.

Entre los autores franceses más recientes, vid. TERRÉ y SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, París, 1989, p. 172; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. IV, vol. 1.º, *Régimes matrimoniaux*, 5.ª ed., por De Juglart, París, 1982, pp. 98, 99.

Este es también el argumento empleado por la doctrina alemana para explicar el parágrafo 1.410 B.G.B. que dispone que el contrato de capitulaciones matrimoniales debe ser celebrado ante notario con la presencia simultánea de ambas partes («Der Ehevertrag muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile zur Niederschrift eines Notars geschlossen werden»). Se aduce que, dado que este contrato afecta a las relaciones patrimoniales de los cónyuges —y mediatamente también a sus relaciones personales—, es necesario informar a las partes de las consecuencias que pueden tener las reglas por ellos proyectadas. La intervención del notario tiene como fin asegurar que las partes son aconsejadas por un experto. Como funciones adicionales que puede cumplir la exigencia de documento notarial se añaden la de proteger a las partes contra la precipitación y la de garantizar la validez del negocio y asegurar la prueba del contenido de las estipulaciones. Vid. THIELE y THIELE, «Comentario al parágrafo 1.410 B.G.B.», en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, t. IV, Berlín, 1985, p. 325; KANZLEITER, «Comentario al parágrafo 1.410 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, Band 5, 1. Halband, 2.ª ed., München, 1989.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

comentarios de GARCÍA GOYENA<sup>265</sup>, no se tuvo en cuenta por los redactores del Proyecto de 1851, ni parece que estuviera, posteriormente, en la mente del legislador español<sup>266</sup>. De hecho, del texto del artículo 1.280.3 en su redacción original resulta más bien que el objetivo principal del legislador fue el de evitar los fraudes a terceros. Nos parece además significativo el que en la redacción definitiva del artículo 1.321 C.c. se suprimiera un párrafo que contenía el precepto según aparecía redactado en el Anteproyecto de 1888. El artículo 1.337 del Anteproyecto (que procedía del artículo 1.243 del Proyecto isabelino y era precedente del derogado artículo 1.321 C.c.) decía en su párrafo segundo, tras prescribir que las capitulaciones matrimoniales debían constar en escritura pública otorgada ante notario, lo siguiente: «la falta de escritura solemne equivaldrá a la carencia de capitulaciones matrimoniales y se considerará para todos los efectos legales que el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de la sociedad de gananciales». Este párrafo, del cual se deducía claramente la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales en caso de falta de forma, fue suprimido en el artículo 1.321 C.c. por lo que puede pensarse que ello se debió al afán del legislador de coordinar dicho precepto con lo dispuesto en el artículo 1.280.3 C.c.<sup>267</sup>.

En cualquier caso, lo que está claro es que, de entenderse que la escritura pública era requerida para hacer valer el contrato frente a terceros, las partes podían compelerse a documentar el convenio –válido cualquiera que fuese su forma de celebración– con base al artículo 1.279 C.c., que, en nuestra opinión, permite a los contratantes exigir el otorgamiento de la forma necesaria para que el contrato despliegue plenos efectos.

---

<sup>265</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, t. III, cit., p. 261, aducía un segundo motivo para explicar la prescripción formal del artículo 1.242 del Proyecto. Indicaba que mediante el otorgamiento de la escritura «cada uno de los esposos tendrá asegurados... los bienes que aporta al matrimonio», ya que, de otro modo, «se presumirían adquiridos y conquistados durante él». Con este fin el artículo 1.243 requería que la escritura de capitulaciones matrimoniales contuviera «el inventario o descripción de los bienes que aportaren el marido y la mujer, con expresión del valor, al menos de los muebles». Teniendo el documento notarial una finalidad probatoria –en cuanto a la determinación de los bienes aportados por los cónyuges– no se encuentra justificación a la sanción de nulidad impuesta en caso de falta del mismo, especialmente si se tiene en cuenta que la omisión del inventario de los bienes no determinaba la nulidad del contrato sino, simplemente, la imposición de una multa al notario autorizante de la escritura (art. 1.243, párrafo 2.º), lo que implica que el indicado objetivo de la prescripción formal podía no verse cumplido.

<sup>266</sup> Los autores españoles tampoco se hicieron eco del indicado razonamiento de la doctrina francesa. Para explicar el carácter solemne de las capitulaciones matrimoniales se aducía que había de darse prevalencia al artículo 1.321 C.c., que se expresaba de modo imperativo, frente al 1.280.3, ya que aquél se consignaba en la parte del Código privativamente consagrada a las capitulaciones matrimoniales. Se añadía que, dada la importancia de los pactos que se suelen contener en capitulaciones matrimoniales, respecto de los terceros era necesaria la certeza de su fecha. SCAEVOLA, *Código civil*, t. XXI, cit., pp. 231 y 232 y MANRESA, *Comentarios*, t. IX, cit., pp. 197 y ss.

<sup>267</sup> En favor del carácter no solemne de las capitulaciones matrimoniales podría haberse aducido, además, lo dispuesto en el artículo 826 C.c., según el cual «la promesa de mejorar o no mejorar, hecha por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, será válida», precepto éste del que parece inferirse que las capitulaciones matrimoniales pueden no constar en escritura pública.



Ahora bien, de entenderse que la omisión de la escritura pública determinaba la nulidad del contrato, el artículo 1.279 no podía considerarse, en modo alguno, aplicable.

Por lo que respecta a la situación actual, tras la supresión del inciso final del número 3 del artículo 1.280 y la nueva redacción dada al artículo 1.327 C.c. por la Ley 11/1981 («Para su validez, las capitulaciones matrimoniales habrán de constar en escritura pública»), con independencia de que pueda considerarse o no justificada la exigencia de forma «ad solemnitatem» para las capitulaciones matrimoniales<sup>268</sup>, no cabe duda que ésta ha sido la opción del legislador<sup>269</sup>. En consecuencia, no procede la aplicación del artículo 1.279 C.c. que sólo opera respecto de contratos que reúnen todos los requisitos necesarios para su validez.

<sup>268</sup> La doctrina aduce que la solemnidad de las capitulaciones matrimoniales se explica por la importancia de las aportaciones hechas por los cónyuges o por terceros, por la trascendencia de los pactos que en materia sucesoria puedan contener y por contener las reglas que determinan el régimen económico del matrimonio, reglas éstas que, como es obvio, interesan a los terceros en la medida que el régimen económico del matrimonio determina el ámbito de los poderes dispositivos de cada cónyuge sobre los bienes y el ámbito de las responsabilidades contraídas. DE LOS MOZOS, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XVIII, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1982, p. 198; AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario a los artículos 1.325 a 1.335 C.c.», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, p. 1535 y CABANILLAS, «Comentario a los arts. 1.325 a 1.335 del C.c.», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 605.

Desde nuestro punto de vista, las dos primeras razones no son convincentes porque no puede justificarse el carácter solemne de las capitulaciones matrimoniales en virtud de un contenido que es meramente eventual y que no siempre forma parte del contrato.

En cuanto a la tercera razón, es cierto que a los terceros —y concretamente a los acreedores de los cónyuges— les interesa saber los bienes que están sujetos a su poder de agresión y, especialmente, en tanto que en la actualidad se admite la modificación de las capitulaciones constante el matrimonio, les interesa conocer las alteraciones en el estatuto jurídico de los bienes que constituyen la garantía sobre la que hacer efectivos sus créditos. Ahora bien, la constancia del contrato en escritura pública no garantiza la publicidad del convenio y su conocimiento por los terceros; ello se conseguirá, en todo caso, mediante el establecimiento de un adecuado sistema de publicidad registral (téngase en cuenta el art. 1.333 C.c.). En segundo lugar, si bien el documento notarial es una garantía frente a las alteraciones fraudulentas del contrato, en nuestra opinión los terceros estarían suficientemente protegidos estableciendo un sistema de inoponibilidad de las capitulaciones matrimoniales no documentadas en escritura pública, no siendo necesario imponer la nulidad del convenio en caso de falta de forma. Debe tenerse en cuenta además que el artículo 1.317 salvaguarda con carácter general los derechos de los terceros al establecer que «la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará, en ningún caso, los derechos ya adquiridos por terceros».

Como se indicó con anterioridad, lo único que a nuestro juicio puede justificar el que se exija la escritura pública como forma esencial de las capitulaciones matrimoniales es el considerar que la intervención del notario favorece la protección de los contratantes sirviéndoles de guía al convenir las estipulaciones contractuales.

<sup>269</sup> La doctrina estima, de manera unánime, que la forma pública tiene carácter constitutivo. DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 197; AMORÓS GUARDIOLA, ob. cit., pp. 1534 y ss.; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. V, *Derecho de familia*, vol. 1.º, 11.ª ed. rev. y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, Madrid, 1987, pp. 321 y 322; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, vol. 1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1990, p. 315; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 6.ª ed., Madrid, 1992, p. 165, y CABANILLAS, ob. cit., p. 605.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Hay que señalar, no obstante, que, a efectos de la aplicación de los artículos 1.327 y 1.280.3, la jurisprudencia viene distinguiendo el contrato de capitulaciones matrimoniales de aquellos convenios concertados por los cónyuges con ocasión de su separación o divorcio y en los cuales se reglamentan aspectos relativos a la liquidación del régimen conyugal, ya que no considera tales acuerdos sujetos a la exigencia de forma pública. Así lo viene manifestando el Tribunal Supremo en las Sentencias de 4 de diciembre de 1985, 7 de noviembre de 1990 y 4 de febrero de 1995<sup>270</sup>.

### 6. La documentación del contrato ex artículo 1.279 C.c.

Cuando se ejercita la acción prevista en el artículo 1.279 se obtiene la documentación de un contrato que ya era válido y vinculante. La doctrina se ha cuestionado la naturaleza jurídica de la documentación aunque fundamentalmente en relación a la elevación del contrato a escritura pública. Cuando al otorgar la escritura las partes reconocen la existencia del anterior contrato –v. gr. manifiestan haber vendido con

---

<sup>270</sup> En la Sentencia de 4 de diciembre de 1985, en relación a un convenio otorgado en documento privado por cónyuges separados, dijo el Tribunal Supremo que «acordada su separación, aunque temporal pero indefinida, y extinguida la sociedad de gananciales, la naturaleza de las cosas induce a interpretar que tal convenio no implica unas capitulaciones sino una verdadera *transacción* de las diferencias existentes acerca de la liquidación patrimonial del matrimonio... En definitiva, la tan citada estipulación sobre los bienes no es más que reflejo de los pactos que suelen convenirse cuando los cónyuges acuerdan el cese de su vida en común...». Partiendo de tal calificación consideró válido el convenio pese a no constar en escritura pública.

La Sentencia de 7 de noviembre de 1990 resolvió un supuesto en que se impugnaba un documento privado en el que se aclaraban ciertos puntos relativos a la liquidación de la sociedad de gananciales por falta de forma pública, e indicó que «aunque muy frecuentemente estén unidos en un mismo instrumento público la liquidación de la sociedad de gananciales y la modificación del régimen patrimonial conyugal, es lo cierto que técnicamente estamos en presencia de conceptos distintos, que pueden perfectamente convenirse y constatarse en forma autónoma e independiente, y si bien el artículo 1.327 referido a las capitulaciones no admite duda sobre la imperatividad de la escritura pública no hay precepto paralelo y similar en lo atinente a la liquidación de la sociedad de gananciales y ello por la poderosa razón de que no se verán perjudicados los derechos ya adquiridos por terceros, *lo que no empece la posibilidad de que entre cónyuges pueda válidamente aclararse o convenirse en forma no pública algún dato compensatorio o complementario en las adjudicaciones consiguientes a la liquidación, que es lo que acontece en el presente caso*».

La Sentencia de 4 de febrero de 1995, en un supuesto en que el matrimonio litigante se había divorciado, dijo, igualmente, que «la exigencia de escritura pública, con carácter constitutivo o *ad solemnitatem*, que establece el artículo 1.327 C.c., correctamente interpretado, se refiere exclusivamente a las capitulaciones matrimoniales, o sea, a las estipulaciones a través de las cuales los esposos establezcan el régimen económico de su matrimonio, lo modifiquen o lo sustituyan por otro, con todos los demás pactos relacionados con ello y que, por tanto, tengan naturaleza capitular, pero de dicha naturaleza carecen evidentemente las operaciones liquidatorias o particionales de una sociedad conyugal ya disuelta, aunque las mismas se practiquen en una misma escritura de concurrentes o simultáneas capitulaciones matrimoniales, *a cuyas operaciones particionales o liquidatorias no es aplicable, para la validez de las mismas, la exigencia de escritura pública con el expresado carácter constitutivo o ad validitatem*».

anterioridad— hay acuerdo en entender que la escritura ha de considerarse reconocitiva —se realiza una declaración de ciencia o de verdad, una declaración confesoria en suma— y debe encajarse en el artículo 1.224 del C.c.<sup>271</sup>. La controversia se produce cuando en la escritura no se hace referencia alguna a la existencia del contrato precedente y las partes manifiestan una voluntad actual —declaran vender y no, haber vendido—. En este caso, según la tesis de NÚÑEZ LAGOS, seguida por otros autores, la elevación a escritura pública implica una «renovatio contractus». Al otorgar la escritura, se dice, las partes prestan un nuevo consentimiento contractual —aunque de idéntico contenido al emitido al celebrar el negocio primitivo— que viene a sustituir al anterior. La escritura es así dispositiva o constitutiva<sup>272</sup>. Según otra opinión, sostenida, entre

<sup>271</sup> NÚÑEZ LAGOS, «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», en *AAMN*, t. I, 1941, pp. 501 y ss.; «Contenido sustantivo de la escritura pública», en *RDN*, 1964, pp. 109 y ss.; GIMÉNEZ-ARNAU, «El instrumento público en los negocios jurídicos formales y en los negocios jurídicos consensuales», cit., p. 376; CÁMARA ALVAREZ, «El notario latino y su función», en *RDN*, 1972, p. 299; LACRUZ-LUNA SERRANO, *Teoría general del contrato*, cit., p. 359; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2.º, *La relación, las cosas...*, cit., p. 133.

Aunque el artículo 1.224 parece referirse a la escritura en que se reconoce un contrato plasmado en un documento privado algunos autores entienden que entra también en su ámbito el reconocimiento de contratos celebrados oralmente (CORDÓN MORENO, «Comentario a los artículos 1.217 a 1.230 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, t. XVI, 2.º, Madrid, 1981, p. 173.; RODRIGUEZ ADRADOS, «Comentario a los artículos 1.216 a 1.224 del Código civil», en *Comentarios del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 353).

En cualquier caso, debe evitarse confundir la escritura de reconocimiento del artículo 1.224 con el reconocimiento en cuanto negocio de fijación. Este tiene como fin eliminar la incertidumbre de una preexistente relación jurídica y tiene carácter negocial —y no meramente confesorio— en cuanto genera una nueva obligación: la de estar y pasar por la relación jurídica tal y como se fija en el reconocimiento. La escritura de reconocimiento del artículo 1.224, con independencia de que pueda producir ciertos efectos —interruptorios de la prescripción, ejecutivos, etc., (art. 1973, 1.647 C.c.; 1.429.1 L.e.c)— no tiene, en principio, para la opinión más generalizada, carácter negocial sino meramente confesorio, lo que no obsta, sin embargo, para que eventualmente pueda incorporar un negocio de fijación. NÚÑEZ LAGOS, «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», cit., pp. 501 y ss.; CORDÓN MORENO, ob. cit., pp. 175 y ss.; RODRIGUEZ ADRADOS, ob. cit., p. 354; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Formalismo jurídico y documento notarial», en *RDN*, 1962, p. 99.

<sup>272</sup> NÚÑEZ LAGOS («Estudios sobre el valor jurídico...», cit., pp. 392 y ss.; p. 411) sigue la tesis de DEGENKOLB, para quien la escritura pública en que se documenta un contrato ya perfeccionado no puede probar lo hecho o acontecido antes del otorgamiento sino solamente lo que se hace en el presente, de manera que de no considerarse que la escritura es dispositiva —y conlleva un nuevo contrato— y no meramente probatoria ésta carecería de toda eficacia. Sostiene NÚÑEZ LAGOS que al otorgarse la escritura pública se produce una «renovatio contractus». El notario moldea y da forma a la materia contractual y las partes tienen que pretar el consentimiento de nuevo ante el notario. Aceptan la tesis de este autor, LACRUZ-LUNA SERRANO, *Teoría general del contrato*, cit., p. 132 y ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2.º, cit., p. 358. También parece aceptarla RODRIGUEZ ADRADOS, ob. cit., p. 353.

NÚÑEZ LAGOS propugna además la teoría de la «insularidad» de la escritura («Contenido sustantivo...», cit., pp. 73 y ss.). Según este autor cuando en la escritura no se hace referencia a la relación primaria el texto documental «es un recinto autónomo de eficacia; no tiene comunicación con lo anterior ni con lo posterior. Es aporítico —de aporía— sin poro ni agujero, sin salida, impermeable al antes o al después. La escritura es una isla sin puente de acceso».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

otros, por GONZÁLEZ PALOMINO, cuando se documenta un negocio anterior, el que no se haga referencia al mismo no implica que se preste un nuevo consentimiento contractual porque el que hacía falta ha intervenido ya. Las partes se limitan a «llenar una forma» no a renovar el negocio o concertar otro. La escritura que formaliza el contrato ya perfeccionado es únicamente «la nueva forma de un negocio jurídico preexistente» ya que, si bien un negocio no puede tener más que un consentimiento y una causa, puede tener diversas formas (siempre que la forma no se requiera como constitutiva, obviamente)<sup>273</sup>.

En realidad el carácter confesorio o dispositivo que se predique de la escritura otorgada con posterioridad a la celebración de un contrato no tiene mucha trascendencia práctica salvo en la hipótesis en que existe discordancia entre el negocio primigenio y lo plasmado en el documento. Cuando en la escritura se hace referencia al convenio anterior no se duda que, en caso de divergencia, ha de aplicarse el artículo 1.224. Sin embargo, cuando no se hace referencia al convenio ya perfeccionado, mientras que, para los que estiman que la escritura es dispositiva e implica renovación contractual, la cuestión se resuelve, lógicamente, en favor de las declaraciones documentadas

---

Contra esta última opinión argumenta DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 310, que «la Ley no permite un corte arbitrario de la declaración negocial, atender sólo a lo escriturado y considerar extrajurídico o fuera del negocio todo lo demás. La misma labor interpretativa exige no desdeñar dato alguno para reconstruir y averiguar la verdadera voluntad negocial (art. 1.282). El vínculo contractual no nace con ni depende del otorgamiento de la escritura; existe en cuanto reúne los requisitos legales para ello, y es ese contrato ya existente el que se eleva a escritura pública». Esta concepción, añade, es la del Código, «al dar por válidos y obligatorios los contratos que hayan de constar en documento público y considerar el otorgamiento de escritura u otra forma especial como el hecho de llenar aquella forma (art. 1.279)». Siguiendo a DE CASTRO, DE LOS MOZOS, «La forma del negocio jurídico», cit., pp. 773, 774, texto y nota 118.

<sup>273</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, *Negocio jurídico y documento*, Valencia, 1951, pp. 219 y ss., dice que para aplicar el artículo 1.279 es indispensable, como establece dicha norma, que hayan intervenido «el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez». En ningún lugar del artículo se pide un consentimiento negocial duplicado. Lo único que exige es que el consentimiento exista ya por anticipado. Las partes no pueden ni tienen porqué compelerse a prestar un nuevo consentimiento sino a llenar una forma. Desde su punto de vista en los instrumentos públicos del artículo 1.279 hay una declaración «pero no es una declaración negocial, sino confesoria».

GULLÓN, *Curso de Derecho civil, El negocio jurídico*, Madrid, 1969, pp. 99 y ss., se adhiere a la opinión de este autor.

CÁMARA ÁLVAREZ, ob. cit., pp. 299 y ss., critica igualmente la tesis de NÚÑEZ LAGOS, pero, a diferencia de González Palomino que estima que la escritura pública otorgada ex art. 1.279 tiene siempre carácter confesorio, señala que en los supuestos en que en ella no se hace alusión al contrato preexistente «no hay confesión, puesto que el documento no se remite a un negocio anterior que se reconoce existente, sino simplemente repetición de las declaraciones negociales emitidas, con el fin de alcanzar las ventajas peculiares de la forma pública notarial».

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, ob. cit., pp. 163, 187, 192, que considera la escritura otorgada en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.279 una escritura de reconocimiento, dice que la misma «es una consecuencia jurídica, un efecto jurídico de un contrato perfecto... se trata de escrituras de reconocimiento que no implican acto jurídico, porque no son tales los actos debidos».

que sustituyen a las originarias<sup>274</sup>, para los que estiman que la posterior documentación del contrato –se haga o no alusión al negocio primordial– no implica emisión de un nuevo consentimiento contractual la cuestión es más dudosa. Conforme al artículo 1.224 la solución sería entender que prevalece el acuerdo primitivo. Sin embargo, es claro que la discordancia puede ser intencionada y no errónea en cuyo caso la escritura no sería ya reconocitiva –ni podría considerarse «nueva forma del mismo negocio»– sino dispositiva. GONZÁLEZ PALOMINO se inclina a pensar que el hecho de la discordancia implica voluntad de modificar el acuerdo precedente –se estaría ante la voluntad «expresa» de novar que exige el artículo 1.224–<sup>275</sup>. Otros indican que se trata de una cuestión de interpretación de la voluntad<sup>276 277</sup>.

En realidad la discordancia entre documentos se resuelve de modo distinto entre las partes y frente a terceros. Como observa MORALES MORENO, «inter partes» debe prevalecer lo realmente querido, si bien la dificultad estriba en determinar la verdadera voluntad de las partes. Frente a terceros el problema es de inoponibilidad de

<sup>274</sup> ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2.º, cit., p. 359; LACRUZ-LUNA SERRANO, *Teoría general del contrato*, cit., p. 33. Este último advierte, no obstante, que si bien cuando la escritura no es reconocitiva y existe discrepancia «al contrato primitivo debe superponerse la convención reproductiva... puesto que, en tal caso, *consta expresamente la novación del primero* (art. 1.224 proposición final)», cabe probar que la discrepancia obedece a un error en cuyo caso el contrato reproductivo estaría viciado por error obstativo.

<sup>275</sup> GONZÁLEZ PALOMINO, ob. cit., p. 234 dice que, si bien el artículo 1.224 pide que conste expresamente la novación, ésta constará expresamente, no porque así se exprese, sino en cuanto la discordancia entre la cláusula nueva y la antigua se manifieste de manera incompatible (art. 1.204) e intencional. En estos casos la regla del artículo 1.224 habrá pasado a ser excepción.

<sup>276</sup> CÁMARA, ob. cit., p. 314. Aunque recoge la opinión de González Palomino, se inclina a esta última solución GULLÓN, *El negocio jurídico*, cit., pp. 101, 102.

Merece mención aparte la opinión que, en torno a la documentación en escritura pública de un precedente contrato, tiene Díez-Picazo (*Teoría del contrato*, cit., p. 260). Este autor distingue según que lo que se eleve a escritura sea un contrato verbal o escrito. En el primer caso estima que la documentación asume un papel novatorio. El documento nova el acuerdo verbal. Si el contenido entre uno y otro coinciden, la documentación constituye un contrato meramente declarativo o un contrato de fijación. Si la documentación modifica el acuerdo anterior se tratará de un negocio dispositivo. Cuando la escritura pública sustituye a un anterior documento privado considera aplicable el artículo 1.224 pero siempre que la misma cumpla «la estricta función de reconocimiento». En otro caso, si existe discordancia entre el negocio original y lo consignado en la escritura pública, la nueva reglamentación de intereses sustituye a la anterior.

<sup>277</sup> Mientras que las sentencias de 28 de octubre de 1944 y 3 de noviembre de 1982 dan preferencia a la escritura pública cuyos términos no coinciden con los del acuerdo primigenio, en otras Sentencias mantiene el Tribunal Supremo diferente criterio. En la Sentencia de 22 de enero de 1979 dijo que el otorgamiento de la escritura no implicaba otra cosa que «solemnizar la venta ya perfeccionada anteriormente» y afirmó que las diferencias existentes entre el documento privado y la escritura pública no eran antagónicas ni incompatibles por lo que no podía entenderse que la formalización del contrato implicara la novación extintiva del acuerdo original. En la misma línea, la Sentencia de 25 de marzo de 1981 estimó que el hecho de que no se reflejara en una escritura pública de aprobación de operaciones particionales el contenido íntegro del convenio anteriormente celebrado en documento privado entre los herederos no implicaba novación extintiva del mismo en tanto las obligaciones contraídas en el documento público no eran incompatibles con las estipuladas en el documento privado anterior y no existió derogación expresa de las mismas.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

documentos y debe resolverse protegiendo la confianza del tercero (cfr. arts. 1.219 y 1.230 C.c.)<sup>278</sup>.

También puede ser importante el carácter dispositivo o reconocitivo que se otorgue a la escritura pública que documenta un negocio anterior cuando éste, con anterioridad a su formalización, resulta nulo por defecto de forma<sup>279</sup>.

En cualquier caso, se opte por una u otra opinión, lo importante es, por lo que a nosotros nos interesa, que los efectos ligados a la documentación se producen a partir de ésta y con independencia de la fecha en que se celebrara el contrato original. Ello reviste especial importancia en relación a los contratos de hipoteca, enfiteusis, cesión de créditos o prenda a los que, como se ha apuntado, consideramos aplicable el artículo 1.279 C.c. En los dos primeros casos la documentación en escritura pública es presupuesto de la eficacia real del contrato<sup>280</sup>. En la cesión de créditos la elevación a escritura pública permite que el contrato sea eficaz frente a terceros<sup>281</sup>. En el supuesto del contrato de prenda la forma pública es necesaria para el nacimiento del derecho de prelación del acreedor pignoraticio<sup>282</sup>. Por consiguiente, sólo cuando el contrato de hipoteca o el de enfiteusis se elevan a escritura pública —se haga o no referencia a la existencia del convenio previo— el contrato es apto para provocar el nacimiento del derecho real (aunque en el primer caso es necesaria además la inscripción registral). Sólo a partir de la fecha en que se otorgue la escritura pública será oponible a terceros el contrato de cesión de créditos<sup>283</sup> —o, en general, cualquier contrato que se documente con esta finalidad— o nacerá el derecho de prelación para el

<sup>278</sup> MORALES MORENO, voz «forma» (Derecho civil), en *Enciclopedia jurídica básica*, vol II. Madrid, 1995.

<sup>279</sup> Si la escritura pública se considera reconocitiva, el negocio, una vez formalizado, resultará nulo puesto que el reconocimiento no puede sanar la nulidad radical del negocio inicialmente celebrado. Si se considera que la elevación a escritura pública conlleva la emisión de un nuevo consentimiento contractual el negocio será válido porque se estará ante un nuevo negocio. Es significativa en este sentido la Sentencia de 15 de octubre de 1985 relativa a un caso en que el demandante donó a sus hijos, en documento privado, la nuda propiedad de dos fincas y el pleno dominio de otras. Con posterioridad a estos hechos el donante contrajo matrimonio y unos días después procedió a elevar a escritura pública el contrato de donación realizado en documento privado. Arrepentido posteriormente de lo efectuado solicitó la nulidad de la donación. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso planteado por los demandados y aceptó el criterio de la Audiencia afirmando que «la escritura pública de 12 de enero de 1976 carece de efectos jurídicos negociales propios, conforme al artículo 1.224 del C.c., ya que... al no constar en ella expresamente la voluntad novatoria de los otorgantes, nada sustantivo se adicionó entonces a lo pactado el día 5 antecedente, no incorporándose el 12 más efectos intrínsecos, sino adquiriendo sólo el elemento probatorio extrínseco emanado de la intercesión de la fe notarial». (Puede verse el comentario de CLAVERÍA a esta Sentencia en *CCJC*, 1985, n.º 9, pp. 3.005 y ss.).

<sup>280</sup> Vid. *infra*, caps. III y IV. Como es obvio, para la constitución del derecho real de hipoteca no basta que el contrato se otorgue en escritura pública, es preciso además inscribirlo en el Registro.

<sup>281</sup> Vid. *infra*, cap. VII.

<sup>282</sup> Vid. *infra*, cap. VI.

<sup>283</sup> Con independencia de que también sea oponible a terceros cuando consta en documento privado en las condiciones del artículo 1.227 y con independencia de que, aun no reuniendo el documento tales requisitos, pueda probarse en un proceso mediante otros medios de prueba la certeza de la fecha en que se celebró (vid. *infra*, cap. VII, apart. IV,3).

acreedor pignoraticio. El hecho de que se declare en la escritura pública que el contrato –verbal o en documento privado– se celebró en una fecha anterior no es relevante a estos efectos puesto que la fecha que tiene la consideración de cierta, la que está cubierta por la fe pública registral, es la fecha en que se otorgue la escritura y no, en su caso, aquella en que las partes declaren haber concluido el negocio antecedente<sup>284</sup>.

---

<sup>284</sup> Téngase en cuenta que la fe publica no cubre la veracidad de las declaraciones emitidas por los contratantes (vid. *infra*, cap. VII, apart. I).



## CAPÍTULO II

### EL CONTRATO DE DONACIÓN

#### I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

##### 1. Derecho romano y Derecho intermedio



N el Derecho romano, desde sus orígenes y durante toda la época clásica hasta Constantino, la donación no era un negocio jurídico típico que tuviese una forma y unos efectos propios sino que constituía una causa general de adquisición<sup>1</sup>.

Los más variados negocios podían configurar una donación cuando suponían un aumento del patrimonio de un sujeto en detrimento del patrimonio de otro<sup>2</sup>. En conse-

---

<sup>1</sup> ARANGIO RUIZ, *Instituciones de Derecho romano*, trad. argentina, Buenos Aires, 1986, pp. 653, 654; BONFANTE, *Instituzioni di Diritto romano*, reimp. 10.<sup>a</sup> ed., Milano, 1987, p. 429; BIONDI, voz «Donazione» (Dir. romano) en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, 3.<sup>a</sup> ed., Torino, 1960, p. 225.

<sup>2</sup> Los elementos que constituyen la figura de la «donatio» en cuanto causa de negocios jurídicos son:



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

cuencia la donación no tenía una forma específica, adoptando la forma propia del negocio mediante el cual se realizaba la atribución gratuita<sup>3</sup>.

En el año 204 a.c. la «Lex Cincia» prohibió que se llevaran a cabo donaciones por encima de una cierta cantidad –«modus»– que se desconoce, parece que en un intento de frenar la realización de donaciones<sup>4</sup>. La «Lex Cincia» era sin embargo una «lex imperfecta» ya que no sancionaba con la nulidad las donaciones hechas en contravención de la prohibición<sup>5</sup>. Su importancia radica en que con ella se comienza a perfilar la donación como instituto autónomo.

Posteriormente, con las constituciones de Constantino de los años 316 y 333 aparece ya la donación como un negocio típico. En ellas se deroga la «Lex Cincia» instaurando un nuevo concepto de donación que reviste ya los caracteres propios de un contrato. Desaparece la donación obligacional reduciéndose la donación a la única categoría de «in dando», es decir, sólo cabe la donación traslativa. Y lo más relevante, se sujeta la donación a requisitos formales de validez: debía ser redactada por escrito,

---

– El elemento objetivo de la atribución patrimonial gratuita que lleva consigo un enriquecimiento del sujeto beneficiado con la correspondiente disminución patrimonial por parte del donante.

– El elemento subjetivo o «animus donandi» que no se identifica con el espíritu de altruismo o beneficencia sino con la voluntad del sujeto donante de hacer una atribución gratuita a otro sujeto.

– A ello se le añade el requisito de la «espontaneidad» –constituye donación lo que se concede sin que exista obligación jurídica de hacerlo– que permite distinguir las verdaderas donaciones de las «munera» realizadas en virtud de la costumbre, donde la voluntad no se forma libremente sino necesariamente.

VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, p. 802.; FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 586; ARCHI, voz «Donazione» (Dir. rom.) en *Enciclopedia del Diritto*, p. 935; WINSCHIED, *Diritto delle Pandette*, trad. dei Fadda e Bensa, vol. 2.º, Torino, 1930, pp. 407 a 410; MIQUEL, *Curso de Derecho romano*, Barcelona, 1987, p. 406.

<sup>3</sup> Según la naturaleza del negocio utilizado la donación podía ser real, obligatoria o liberatoria. En el primer caso había de adaptarse a las solemnidades de la «mancipatio», «traditio» o «in iure cessio»; en el segundo, debía revestir la forma del contrato formal utilizado, como por ejemplo la «stipulatio» y en el tercer caso la forma de la «acceptilatio», «pactum de non petendo», etc. Vid. BONFANTE, ob. cit., pp. 429, 430; ARCHI, ob. cit., pp. 937, 938; IGLESIAS, *Derecho romano, Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1983, p. 726; ARANGIO RUIZ, ob. cit., pp. 653, 654; MIQUEL, ob. cit., p. 405.

<sup>4</sup> Se exceptuaban, no obstante, las celebradas en favor de determinadas personas pertenecientes al círculo familiar del donante, Vid. IGLESIAS, ob. cit., p. 726; ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 656; ARCHI, ob. cit., p. 932.

<sup>5</sup> El negocio jurídico efectuado «donationis causa» era válido y productor de efectos. Sin embargo, si la donación era obligatoria y no se había ejecutado el donante podía paralizar la reclamación del donatario mediante la «exceptio legis Cinciae». En cambio las donaciones reales, cuando habían sido seguidas de la «mancipatio», «traditio», etc, quedaban a salvo. La posibilidad de paralizar la donación no ejecutada da lugar a la distinción entre la donación que es llevada a efecto plenamente o «donatio perfecta» y aquella cuya realización puede ser impedida o «donatio imperfecta». Posteriormente cuando se otorgaron otros medios tendentes a revocar una «donatio» ya definitiva el concepto de «perfectio» evolucionó hacia la idea de irrevocabilidad haciéndose equivalente la donación irrevocable a la perfecta. Vid. ASCOLI, voz «Donazione» (Dir. rom.), en *Nuovo Digesto italiano*, t. V, pp. 189, 190, también ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, 2.ª ed., Milano, 1935, pp. 370 y ss. BONFANTE, ob. cit., p. 431; IGLESIAS, ob. cit., p. 726; MIQUEL, ob. cit., p. 404.

debía hacerse la tradición del objeto donado ante los vecinos («advocata vicinitate»)<sup>6</sup> y además era preciso el depósito del documento escrito en que constara la donación «apud acta». Esta práctica constituía la ceremonia de la «insinuatio», imprescindible para la validez de la donación<sup>7</sup>.

Justiniano suprimió el requisito de la tradición «advocata vicinitate» imponiendo la necesidad de la insinuación –redacción de un documento y transcripción del mismo en los registros existentes en los Tribunales– para las donaciones de valor superior a 500 sueldos. La falta de insinuación no comportaba sin embargo más que la nulidad parcial de dichas donaciones en cuanto al exceso. Al desaparecer la exigencia de la «traditio», que en la época de Constantino era esencial para la validez de la donación, vuelve a admitirse la donación obligacional, la convención de donar celebrada en la forma solemne de la «insinuatio» era obligatoria por sí misma y se perfeccionaba sin necesidad de tradición<sup>8</sup>.

Según parece, el requisito de la insinuación fue establecido con el objeto, por un lado, de obligar al donante a una madura reflexión, por otro, como medio de publicidad, para evitar los posibles fraudes o alteraciones del acto preconstituyendo una prueba segura y precisa de la donación<sup>9</sup>.

En el Derecho intermedio perdura el instituto de la insinuación salvo en las zonas de dominación bárbara. No obstante, también en el Derecho germánico se exigía una cierta publicidad para la realización de la donación. Esta se daba a través de la «thingatio longobarda» que consistía en una verdadera aprobación popular del acto de la donación<sup>10</sup>.

Tanto en Francia como en Italia, durante la alta Edad Media, se continuó exigiendo para la validez de la donación la insinuación, consistiendo ésta en la transcripción en registros especiales al efecto<sup>11</sup>. En Francia era precisa además la tradición de los bienes donados. La tradición fue considerada como un elemento esencial del con-

<sup>6</sup> Según ASCOLI, *Trattato*, cit., p. 383, la tradición podía consistir en la entrega efectiva de la cosa mueble o en la puesta a disposición del donatario del inmueble.

<sup>7</sup> Vid. ARCHI, ob. cit., pp. 948, 949, ASCOLI, *Trattato*, cit., p. 383.

<sup>8</sup> Además de las donaciones inferiores a 500 sueldos, estaban exentas del requisito de la insinuación: las donaciones hechas al Emperador o por el Emperador, las destinadas a fines pios, las hechas para rescate de prisioneros o para reedificación de edificios ruinosos y las donaciones con fines dotales. Vid. WINSCHIED, ob. cit., p. 421; IGLESIAS, ob. cit., p. 727; ASCOLI, *Trattato*, cit., pp. 389 y ss., etc.

<sup>9</sup> Cfr. ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 582; ASCOLI, *Trattato*, cit., pp. 381, 383 y 392.

<sup>10</sup> La donación no tenía valor jurídico si no se hacía públicamente ante los «boni homine». Debía ser acompañada del «launehild» o launegildo. Este era una especie de precio simbólico que entregaba el donatario al donante en concepto de contraprestación ya que en el Derecho germánico la donación debía siempre adoptar la forma jurídica de un contrato oneroso. Vid. ASCOLI, *Trattato*, cit., p. 393; VACCARI, voz «Donazione» (Dir. intermedio) en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, 3.ª ed., Torino, 1960, p. 230.

<sup>11</sup> Vid. VACCARI, ob. cit., p. 232; POTHIER, *Traité sur les donations entre vifs et contrat de mariage*, vol. I, 1.º, en *Ouvres de Pothier annotées par Bougnét*, París, 1810, p. 53.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

trato de donación no existiendo en su ausencia más que una «promesa» de donación que no generaba vínculo obligatorio alguno<sup>12</sup>.

### 2. Derecho histórico español

En el Derecho español de la Edad Media subsiste la práctica de la insinuación, no sólo en el Derecho castellano, sino también en el catalán, aragonés y navarro. No obstante, este requisito tiene distintos matices y no obedece a idéntica finalidad en todos los casos.

En el Derecho de Castilla, según disponía la P. 5, 4, 9<sup>13</sup> las donaciones de valor superior a 500 maravedíes de oro debían hacerse necesariamente por escrito –escritura pública según interpretan algunos autores<sup>14</sup>– y cumpliendo el requisito de la insinuación que equivalía a una aprobación judicial<sup>15</sup>. El incumplimiento de tales formalidades no determinaba la nulidad total de la donación sino sólo en cuanto excedían de la cifra exenta<sup>16</sup>.

La insinuación catalana, a diferencia de la castellana cuya esencia era la aprobación judicial, consistía en la anotación de las donaciones superiores a 500 florines –además de las donaciones universales y las que consistieran en la mayor parte del patrimonio del donante– en el libro de «donaciones y heredamientos» que debía ser llevado en las curias de los ordinarios<sup>17</sup>. Pero la principal diferencia de la insinuación

---

<sup>12</sup> VACCARI, ob. cit., p. 232; GUIFFARD y VILLERS, *Droit romain et ancien Droit français, Obligations*, 4.ª ed., París, 1976, p. 153.

<sup>13</sup> P. 5, 4, 9: «... Pero si quisiere dar a otro ome o a otro logar puedelo fazer sin carta fasta 500 maravedies de oro. Mas si quisiere fazer mayor donazion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado de mas non valdria. Fueras ende si lo fiziesse con carta e con sabiduria del mayor judgador, de aquel logar, do fiziesse la donacion.»

<sup>14</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil y el Código civil e historia general de la legislación española*, t. IV, *Derecho de obligaciones, Derecho de la contratación*, 2.ª ed., Madrid, 1899, p. 685, nota 4, frente a la opinión de los que interpretan que el término «carta» de la P. 5, 4, 9 es sinónimo de escritura pública, dice que dicha expresión no significa en general sino «documento escrito», si el legislador hubiera querido establecer tal exigencia habría empleado la palabra específica «escritura» o «instrumento público».

<sup>15</sup> Indica ISÁBAL, voz «Donación inter vivos» en *Enciclopedia jurídica española*, t. XII, p. 612, siguiendo a ESCRICHE, que la insinuación consistía en la presentación ante el juez del instrumento público para su aprobación mediante la interposición de su autoridad y judicial decreto. En el mismo sentido, VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. III, *Derecho de obligaciones*, 4.ª ed., Valladolid, 1937, p. 439, y MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. V, 7.ª ed. puesta al día por Marín Pérez, Madrid, 1972, p. 187.

<sup>16</sup> SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, t. I, 3.ª ed., Madrid, 1832, p. 401.

No estaban sujetas a la necesidad de insinuación, según ROMERO y GINZO, *Sala novísimo o nueva ilustración del Derecho real de España*, t. II, 2.ª ed., Madrid, 1843, p. 317, las donaciones hechas por el Rey o al Rey, las hechas para redimir cautivos o rehacer alguna iglesia o casa derribada, las realizadas en concepto de dote o por razón de matrimonio y las que se hicieran a alguna iglesia, lugar religioso u hospital.

<sup>17</sup> Así lo establecía la constitución 1.ª, tít. IX, libro VIII, vol. I, de las constituciones de Cataluña, dada en las terceras Cortes de Barcelona del año 1503: «Para evitar fraudes que con frecuencia se cometen en

catalana frente a la castellana es que si ésta última tenía como finalidad frenar los impulsos generosos del donante y evitar la dilapidación de su patrimonio en detrimento de sus familiares y acreedores<sup>18</sup>, la insinuación catalana se impuso fundamentalmente con el objeto de proteger los intereses de los acreedores. De ahí que la omisión de este requisito no invalidara ni en todo ni en parte la donación. Ocurría simplemente que las donaciones que, debiendo ser insinuadas, no lo fuesen diez días antes de que el donante contrajere alguna obligación, no podían perjudicar a los acreedores aunque éstos fuesen posteriores a la donación<sup>19</sup>.

Por lo que respecta al Derecho aragonés y navarro, en ambos se requería que las donaciones que excediesen de 500 sueldos jaqueses y 300 ducados respectivamente se insinuaran judicialmente<sup>20</sup>. Tanto en Aragón como en Navarra la falta de insinuación (y en Navarra también la falta de escritura pública que era preceptiva junto con la aprobación judicial) determinaba la nulidad total y absoluta de la donación y no sólo en cuanto

---

las donaciones que se hacen, ordenamos que cualesquiera donaciones universales, o de la mayor parte del patrimonio o que excedan de 500 florines, deben ser registradas en las curias de los ordinarios de las cabezas de la veguería, en la cual se hicieren dichas donaciones, escribiéndose el día en que dichas donaciones se anoten en el libro que se titulará de donaciones y heredamientos... y si tales donaciones no fuesen continuadas diez días antes del préstamo o contrato, no perjudiquen ni puedan perjudicar...» Vid. ISÁBAL, ob. cit., p. 619.

<sup>18</sup> En tales razones se fundamenta la insinuación castellana, añadiéndose el intento de evitar, con la publicidad de la donación, que con donaciones simuladas se defraudara a los acreedores. Así, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. I, 11.<sup>a</sup> ed., corregida por Montalbán, Madrid, 1874, p. 401; SALA, ob. cit., p. 401; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. V, *Tratado de las obligaciones*, reimp. de la ed. 1869, Valladolid, 1988, p. 90.

<sup>19</sup> BORRELL y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. III, *Obligaciones*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1944, p. 320; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 401, nota 2.

Pese a que la insinuación catalana no era presupuesto de validez de las donaciones sujetas a tal requisito, la antigua doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo vino sosteniendo la subsistencia de la insinuación romana —por ser el Derecho romano supletorio en Cataluña— lo que supuso, al aplicar conjuntamente en este punto el Derecho romano y el catalán, la nulidad de las donaciones no insinuadas que excedieran de 500 florines (BORRELL, ob. cit., p. 320). DOMÍNGUEZ DE MOLINA en su artículo «Sobre la subsistencia de la insinuación romana en Cataluña», R.J.C., Nov.-Dic. 1954, vol. 61, pp. 503 y ss., plantea el problema de la compatibilidad de la insinuación romana y la catalana llegando a la conclusión de que en el Derecho catalán no estaba vigente la primera por derogar en este punto la constitución de 1.504 lo establecido en el Derecho romano.

<sup>20</sup> Así lo establecía el Fuero 3.º «De donationibus» de la Compilación aragonesa de 1274. En Aragón la donación de bienes raíces «inter vivos» debía hacerse además en instrumento público y con fianza —la llamada «fianza de salvedad»— si bien el mismo donante no podía constituirse fiador. Esta fianza, sin embargo, parece que pronto cayó en desuso. Cfr. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 396, nota 4; ISÁBAL, voz «Donación» cit., p. 625.

En cuanto a Navarra, la donación debía hacerse siempre en escritura pública y ante testigos además de ser insinuada ante el juez competente según disponía la Ley 2.<sup>a</sup>, tít. 7.º, libro III de la *Novísima Recopilación de Navarra* (Ley 52 del año 1569). Posteriormente, la Ley 21 de 1642 modificó la disposición anterior, dejando la opción al donante de insinuar o jurar la donación aunque conservó el requisito ineludible de la escritura pública. En caso de que se hiciera el juramento, sólo era válido si constaba en la escritura pública de donación. Vid. ARVIZU, *Las donaciones «inter vivos» en el Derecho civil de Navarra*, vol. 1.º, Pamplona, 1964, pp. 111, 112, 132 y ss.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

al exceso como ocurría en Castilla<sup>21</sup>. Se estima que en los dos reinos la insinuación tenía por objeto evitar la falsedad o simulación de las donaciones, evitar engaños y fraudes y forzar al donante «para que se piense con todo detenimiento y madurez antes de hacer donaciones grandes y no se empobrezcan los que las hicieren con ligereza»<sup>22</sup>.

Puede apreciarse por tanto que históricamente la donación se ha visto rodeada de determinadas limitaciones de carácter formal que tenían la finalidad de evitar la dilapidación del patrimonio del donante y los perjuicios que ello pudiera suponer a sus familiares y acreedores. Tales formalidades se referían a las donaciones simples y puras estando exentas las donaciones remuneratorias del requisito de la insinuación<sup>23</sup>.

### 3. Proyectos de Código

#### A) PROYECTO DE 1836

En el Proyecto de 1836 era necesario para la validez de la donación de inmuebles que se inscribiera en el registro establecido al efecto. El artículo 1.590 establecía: «Si la donación fuere de bienes raíces deberá registrarse la escritura por donde conste la donación en el registro público según lo prevenido en el artículo 2.112»<sup>24</sup>, añadiendo el artículo 1.591: «El registro de que se trata en el artículo anterior es esencial para la validez de las donaciones; cualquiera que tenga interés en ello, podrá oponer en juicio la falta de esta formalidad, y probada que sea, se anulará la donación». Mientras que respecto de las restantes transmisiones inmobiliarias la no constancia en el registro afectaba a la eficacia probatoria del documento en que se plasmara el contrato en cuestión<sup>25</sup>,

---

<sup>21</sup> ISÁBAL, «La insinuación de las donaciones en Aragón», en *RDP*, 1923, n.º 116, pp. 129 y 130; ARVIZU, ob. cit., pp. 110 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. ISÁBAL, voz «Donación inter vivos», cit., p. 627, citando a ALONSO. También ISÁBAL, «La insinuación...», cit. pp. 129 y 130.

<sup>23</sup> Así ocurría tanto en el Derecho castellano como en los restantes. Las donaciones modales también se eximían de esta formalidad en el Derecho castellano y en el navarro. Vid. GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 402, nota 1; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 686, texto y notas 3 y ss.; ISÁBAL, voz «Donación...» cit., pp. 619, 620, y «La insinuación...» cit., p. 134; BORRELL y SOLER, ob. cit., pp. 321 y 322; ARVIZU, ob. cit., p. 135.

<sup>24</sup> El artículo 2.112 decía así: «En cada capital de provincia y en cada cabeza de partido se establecerá un registro público donde se anote la traslación de propiedad de bienes raíces.»

<sup>25</sup> El artículo 963 del Proyecto establecía que «en todos los contratos por cuyo medio se traspasan bienes raíces de una mano a otra, se requiere como prueba del contrato escritura pública o un instrumento privado hecho a presencia de tres testigos y firmado por éstos y los contratantes, salvo los casos en que la ley exige precisamente escritura pública como una formalidad necesaria para la solemnidad del acto» [vid. *supra*, cap. I, apart. III, 1, b)]. El artículo 2.111, incluido en el capítulo denominado «De la prueba por escrituras y otros documentos fehacientes» disponía: «La escritura pública o privada que tenga por objeto la traslación de bienes inmuebles será de ningún valor si no se hubiere pasado nota de ella al registro público con arreglo a lo que se dispone en los siguientes artículos.»

respecto de la donación de inmuebles afectaba a la validez del negocio. La documentación del contrato de donación en escritura pública era pues necesaria, de manera mediata, para la validez de la donación pues sin ella no podía efectuarse la correspondiente inscripción registral.

#### B) PROYECTO DE 1851

La regulación de la donación en el Proyecto de 1851 se encuentra influenciada por lo establecido en el Código francés. En este Proyecto se suprimió toda referencia al requisito de la insinuación exigido en el Derecho histórico español y, al igual que en el artículo 931 del Code, se exigió la documentación en escritura pública tanto para las donaciones de bienes muebles como para las donaciones de inmuebles. La escritura pública era precisa para la validez de la donación debiendo expresarse en dicha escritura los bienes donados, el valor de los mismos cuando fuesen bienes muebles, y las cargas y deudas impuestas al donatario<sup>26</sup>. Además, el artículo 947 exigía, para el caso en que la aceptación se hiciese en escritura separada, la notificación de dicha aceptación al donante en forma auténtica<sup>27</sup>. El carácter solemne de la donación tenía como fin, según GARCÍA GOYENA, evitar que la donación se hiciera por obra «de la sugestión, de la sorpresa y asechanza» o «para defraudar los derechos de un tercero»<sup>28</sup>.

Se eximían, no obstante, de la necesidad de escritura pública las donaciones de bienes muebles hechas manualmente. El artículo 952 del Proyecto recogió en este punto la tendencia jurisprudencial francesa que así lo establecía<sup>29</sup>, pero impuso una

<sup>26</sup> Artículo 946: «Para ser válidas las donaciones han de estar hechas en escritura pública, expresándose en ella con individualidad los bienes donados, el valor de todos y cada uno de los muebles y las cargas y deudas que se imponen al donatario». La necesidad de expresar el valor de los bienes muebles procedía de lo establecido en el artículo 948 del Código de Napoleón que exigía un «estado estimativo» («état estimatif») de tales bienes junto con el requisito de la escritura pública.

<sup>27</sup> Artículo 947: «La aceptación debe hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciere en vida del donador. En el segundo caso, se hará saber la aceptación en forma auténtica al donador y se anotará esta diligencia en las escrituras de que tratan este artículo y el anterior».

Este precepto procedía del artículo 932 francés. Por «forma auténtica» parece que se entendía lo mismo que por escritura pública. Así, decía GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, reimp., Barcelona, 1973, p. 293, que «la aceptación y su notificación al donador debe ser igualmente ciertas, y constar en la misma forma auténtica que la donación». La equiparación de ambas expresiones se explica, probablemente, por influencia francesa ya que en el Derecho francés la noción de «acto auténtico» equivale a la de acto público (el artículo 1.317 del Código francés dice que «el acto auténtico es aquél que ha sido otorgado por oficiales públicos que tengan el derecho de instrumentar en el lugar donde el acto ha sido redactado y con las solemnidades requeridas»). Debe tenerse en cuenta además que, aunque el artículo 932 francés, del que proviene el precepto que comentamos, no exige que la notificación se realice en una concreta forma, algunos de los exegetas del Código estimaban que debía realizarse en «acto auténtico» (vid. *infra*, apart. II.1).

<sup>28</sup> GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 292.

<sup>29</sup> GARCÍA GOYENA, ob. cit., pp. 296 y 297.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

limitación, que se tratase de donaciones cuyo valor no superase los 100 duros<sup>30</sup>. Por encima de este importe la donación de bienes muebles que no constara en escritura pública era completamente nula y no sólo en cuanto al exceso<sup>31</sup>.

Respecto de las donaciones remuneratorias y modales u onerosas, el artículo 943 del Proyecto decía lo siguiente: «las donaciones a título oneroso se regirán en todo como los contratos de igual clase: y las remuneratorias por las disposiciones del presente título siempre que en la causa de remuneración concurren todas las cualidades requeridas en el artículo 997 y siguientes del título 5 de este libro, cuyas disposiciones se aplicarán en este caso»<sup>32</sup>. En consecuencia, las donaciones modales o con carga se regían por las reglas de los contratos onerosos mientras que las remuneratorias por las de la donación<sup>33</sup>. Ahora bien, por lo que respecta a la forma, también las donaciones onerosas estaban sujetas al requisito de la escritura pública, pues especificaba GARCÍA GOYENA que la expresión «se regirán» del artículo citado debía entenderse en cuanto a los efectos, «porque en lo tocante a su forma, aún las que se hagan a título oneroso, habrán de regirse por el artículo 946»<sup>34</sup>. De ello se desprende que el distinto régimen impuesto en el artículo 943 del Proyecto se refería a las reglas aplicables al fondo del negocio, pero no a su forma.

### C) ANTEPROYECTO DE 1882-1888

La regulación de la donación en el Anteproyecto, si bien toma como base lo establecido en el Proyecto de 1851 y por tanto, indirectamente, la normativa del Cód-

---

<sup>30</sup> Artículo 952: «Las donaciones de bienes muebles cuyo valor no llegue a 100 duros, no están sujetas a las formalidades prescritas en este capítulo, y surtirán su efecto siempre que conste de cualquier modo, pero con certeza, el hecho mismo de la donación, el de la aceptación o tradición, y la capacidad del donador o donatario.

Esta disposición es aplicable a los regalos autorizados por el uso aunque su valor exceda de dicha cantidad.»

<sup>31</sup> GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 297.

<sup>32</sup> El artículo 997 indicaba que en los contratos remuneratorios se entiende por causa «el servicio o beneficio que se remunera».

<sup>33</sup> Señalaba GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 290, en relación a la imposición de tal régimen que «en cuanto a las onerosas no podía haber dudas». Respecto a las donaciones remuneratorias, en el comentario al artículo 940 del Proyecto, que definía el concepto de donación («donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad por el cual se trasfiere desde luego irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas donadas») advertía GARCÍA GOYENA (ob. cit., pp. 287, 288) que, aunque tradicionalmente habían existido dudas acerca de su consideración como verdaderas donaciones —«algunos autores las han colocado entre las impropias», decía—, las donaciones remuneratorias estaban comprendidas en dicho precepto. Indicaba que «en las remuneratorias resplandece igualmente la liberalidad puesto que se hacen *nullo iure cogente*... Por otra parte ¿quién es capaz de apreciar exactamente el valor del beneficio o servicio recibido que se pretende remunerar? La salud y la libertad son cosas inestimables: el valor de un servicio o beneficio varía mucho, según las circunstancias del que lo hace y del que lo recibe». Es lógico, por tanto, que el artículo las sujetara a la normativa de la donación.

<sup>34</sup> GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 290. Téngase en cuenta que el propio artículo 946 disponía que en la escritura pública de donación debían expresarse las «cargas» impuestas al donatario.

go de Napoleón, se ve influenciada tanto por el Código italiano de 1865 como por el Código portugués de 1867. Este último incide especialmente en lo referente a la forma de la donación.

El artículo 627, tomado del artículo 1.458 del Código portugués de 1867<sup>35</sup> decía: «La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito. La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. No yendo acompañada de la entrega sólo podrá hacerse por escrito». Como se ve, este precepto es semejante al actual artículo 632 aunque no hace alusión alguna a la aceptación de la donación. Para la donación de bienes inmuebles exigía el artículo 628 del Anteproyecto el otorgamiento de escritura pública. El artículo 629 recogió la disposición del artículo 947 del Proyecto que preveía, para el caso en que la aceptación se hiciese en escritura separada, la necesidad de notificación en forma auténtica, pero circunscribiéndola a las donaciones de bienes inmuebles (recuérdese que en el Proyecto se requería la forma pública sin hacer distinción en cuanto al carácter mueble o inmueble de los bienes donados)<sup>36</sup>. Ambos preceptos, los artículos 628 y 629 del Anteproyecto, se encuentran refundidos en el actual artículo 633 del C.c.

En cuanto a las donaciones remuneratorias y onerosas, el artículo 619 del Anteproyecto decía lo siguiente: «Las donaciones a título oneroso se regirán en todo como los contratos de igual clase, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título, en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto». Este precepto modifica parcialmente el artículo 943 del Proyecto. La regla relativa a las donaciones a título oneroso permanece inalterada, sin embargo se añade al segundo inciso del artículo 943 del Proyecto, que establecía que las donaciones remuneratorias habían de regirse «por las disposiciones del presente título», la frase: «en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto». La inclusión de esta última frase en el artículo 619 del Anteproyecto —precepto que pasa sin apenas variación al Código civil como artículo 622<sup>37</sup>— ha

<sup>35</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965, p. 179.

El artículo 1.458 del Código portugués establecía: «La donación puede hacerse verbalmente o por escrito.

1. La donación verbal sólo puede hacerse con entrega de la cosa donada, siendo ésta mueble.  
2. La donación de cosas muebles, no yendo acompañada de entrega, sólo puede hacerse por escrito».

Por lo que respecta a la donación de inmuebles, el artículo 1.459 permitía que se hiciesen en documento privado las de valor inferior a 1.000 pesos. Las de cuantía superior debían hacerse en escritura pública. Además establecía que sólo producirían efectos frente a terceros desde que fuesen registradas.

<sup>36</sup> Artículo 628: «Para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y las cargas que se impongan al donatario».

Artículo 629: «La aceptación de cosa inmueble podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.

Hecha en escritura separada, deberá hacerse saber la aceptación en forma auténtica, al donante, y se anotará esta diligencia en las escrituras de que tratan este artículo y el anterior».

<sup>37</sup> El artículo 622 del C.c. se diferencia del precepto comentado en que se sustituye la expresión «donaciones a título oneroso» por «donaciones con causa onerosa» y la frase «como los contratos de igual



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

planteado graves problemas de interpretación puesto que en la donación remuneratoria no hay imposición de ningún gravamen siendo ésta la característica de la donación onerosa o modal<sup>38</sup>. Ciertamente no se comprende el porqué de la redacción del indicado artículo 619 del Anteproyecto a no ser que se considerara como remuneratoria –lo que conceptualmente no es correcto– la donación en que se impone al donatario «un gravamen inferior al valor de lo donado»<sup>39</sup> incluyéndose en el concepto de donación a título oneroso únicamente aquella en que la carga es de igual o superior valor que lo donado.

## II. DERECHO COMPARADO

### 1. Derecho francés

Como hemos indicado anteriormente, en Francia durante la Edad Media subsistía la práctica de la insinuación. La Ordenanza de 1539 sujetó todas las donaciones, fuesen simples, remuneratorias u onerosas a esta exigencia. Posteriormente, la Ordenanza sobre donaciones de 1731, además de confirmar la necesidad de insinuación, requirió la redacción en documento notarial tanto de la declaración del donante como de la aceptación del donatario<sup>40</sup>. La insinuación determinaba únicamente el momento de la eficacia frente a terceros de la donación pero la forma notarial era elemento esencial del contrato provocando su omisión la nulidad absoluta del negocio. Tales formalidades no se aplicaban a las donaciones de cosas muebles que se hacían mediante la tradición real de los bienes donados<sup>41</sup>.

---

clase» por «las reglas de los contratos», suprimiéndose además la coma que precede al inciso final del precepto. El artículo 622 del Código queda redactado como sigue: «Las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto».

<sup>38</sup> Vid. *infra*, apartado, IV, 3.

<sup>39</sup> En el Anteproyecto se incluyó un artículo –el 616– (que no tiene precedente en el Proyecto) destinado a aclarar que determinadas donaciones: las que se hacen «al donatario por sus méritos o por los servicios prestados al donante, que no tengan la naturaleza de deudas exigibles» y «aquellas en que se le impone un gravamen inferior al valor de lo donado» eran verdaderas donaciones. Lo dispuesto en el artículo 619 acerca de las donaciones remuneratorias sólo podría explicarse entendiendo que la denominación «donación remuneratoria» se consideraba comprensiva de los dos tipos recogidos en el artículo 616 (por consiguiente la donación a título oneroso a que aludía el primer inciso del artículo 619 se referiría a aquella en que el gravamen impuesto era de valor superior a lo donado) de manera que la donación remuneratoria propiamente dicha se regiría por las reglas de la donación y la también llamada (erróneamente) «donación remuneratoria» –que no era tal sino una donación modal en que el gravamen no superaba el valor de lo donado– se regiría igualmente por dichas reglas pero sólo en la parte que excediese «del valor del gravamen impuesto».

<sup>40</sup> VACCARI, ob. cit., p. 232.

<sup>41</sup> POTHIER, ob. cit., p. 52; TROPLONG, *Le Droit civil expliqué, Des donations entre-vifs et des testaments*, t. III, París, 1855, n.º 1.298 y ss., p. 9.

El Código de Napoleón suprimió el requisito de la insinuación, pero, siguiendo lo establecido en la Ordenanza de 1731, prescribió la solemnidad de la donación. El artículo 931 del C.c. francés exige, bajo pena de nulidad, que toda donación sea realizada en documento notarial<sup>42</sup>, estableciendo el artículo 932 que la aceptación ha de ser expresa y hacerse en documento auténtico<sup>43</sup>. POTHIER justificaba el que la aceptación debiera constar de modo expreso en la misma forma que la declaración del donante en la necesidad de constatar con certeza la fecha de la aceptación —que puede no ser simultánea a la declaración de aquél— al determinar ésta el momento en que la donación deviene irrevocable<sup>44</sup>. Conforme al indicado artículo 932, si la aceptación se hace con posterioridad a la declaración del donante debe ser notificada a éste para que surta efecto la donación. Dicho precepto no hace referencia alguna a la forma en que debe practicarse la notificación. Para los exégetas del Código la notificación debía hacerse en escritura pública<sup>45</sup> o a través de alguacil u oficial de justicia (por «acte d’huissier»)<sup>46</sup>, sin embargo, la jurisprudencia ha venido interpretando que la notificación puede hacerse en cualquier forma, incluso tácitamente, bastando probar que el donante ha conocido la aceptación del donatario<sup>47</sup>.

El artículo 948 establece una exigencia especial para la donación de bienes muebles: la redacción de un «estado estimativo» («état estimatif») de los bienes donados —consiste en la realización de una valoración de los bienes, firmada por el donante y el donatario— que debe acompañar a la escritura de donación.

El incumplimiento de cualquiera de estas formalidades: la realización de la declaración del donante en escritura pública, la aceptación expresa y en documento

<sup>42</sup> Artículo 931: «Todos los actos que impliquen donación entre vivos serán otorgados ante notario, en la forma ordinaria de los contratos; y quedará de ellos escritura matriz, so pena de nulidad». Tras la ley de Ventoso del año XI, se impuso que todos los actos notariales debían ser realizados ante dos notarios o ante un notario y dos testigos. La Ley de 28 de diciembre de 1966 declaró, sin embargo, suficiente la presencia de un sólo notario también para la donación.

<sup>43</sup> Artículo 932: «La donación entre vivos no obligará al donante y no surtirá ningún efecto, sino desde el día en que hubiese sido aceptada en términos expresos.

La aceptación podrá hacerse, en vida del donante, por un documento posterior y auténtico, del que se conservará escritura matriz; pero entonces la donación no surtirá efecto con respecto al donante, sino desde el día en que se le haya notificado el documento que acredite aquella aceptación».

La expresión «documento auténtico» que emplea este precepto es equivalente a escritura pública (cfr. art. 1.317 C.c. francés). JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, t. III, 2.ª ed., París, 1933, pp. 742, 744; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. VII, trad. de la 2.ª ed. francesa anotada por De Buen, 3.ª ed., Madrid, 1955, pp. 574, 580.

<sup>44</sup> POTHIER, ob. cit., pp. 30 y 32.

<sup>45</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, *Trattato di Diritto civile, Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, vol. II, versión italiana, Milano, 1824, n.º 1.120, p. 517.

<sup>46</sup> JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.304, p. 74.

<sup>47</sup> TRASBOT y LOUSSOUARN, en PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. V, *Donations et testaments*, París, 1957, p. 486; TERRÉ y LEQUETTE, *Droit civil, Les successions, les libéralités*, París, 1983, p. 422.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

notarial del donatario, y la redacción del «estado estimativo» de los bienes muebles, en su caso, determina la nulidad absoluta de la donación<sup>48</sup>.

La jurisprudencia francesa, desde antiguo, ha venido interpretando el artículo 931 del Code de modo restrictivo. Estima que cuando dicho precepto exige la forma notarial para todos los actos que impliquen donación —«actes portant donation entre vifs»— no se refiere a todos los actos que conlleven la realización de una liberalidad sino exclusivamente a los supuestos en que existe un acto, un «instrumento», que documenta el contrato de donación. Dicho de otro modo, sólo cuando un sujeto pretende realizar una atribución patrimonial gratuita mediante un contrato de donación debe acatarse lo establecido en el artículo 931, pero no cuando se sirve de otro acto o negocio para obtener su objetivo<sup>49</sup>.

En base a esta interpretación la jurisprudencia francesa ha venido dispensando de las formalidades previstas en la ley —además de a las donaciones manuales— a las donaciones indirectas y las donaciones disimuladas bajo la apariencia de otro contrato<sup>50</sup>.

La figura de la donación indirecta fue creada en Francia como categoría destinada a englobar todos aquellos supuestos en que de un acto o negocio que no es propiamente una donación se obtiene como resultado indirecto una liberalidad, supuestos que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, no están sujetos a las solemnidades de la donación<sup>51</sup>.

Las donaciones disimuladas se consideran, igualmente, dispensadas de la prescripción formal del artículo 931 del C.c. Sin perjuicio de analizar más detenidamente

---

<sup>48</sup> El carácter solemne del contrato de donación es indiscutible para la doctrina francesa. Así, BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.101, p. 509; LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. XII, 3.ª ed., Bruxelles, 1878, n.º 220, pp. 280 y 281; DEMOLOMBE, *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, t. III, 4.ª ed., París, 1873, n.º 11 y ss., p. 12; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOSSOUARN, ob. cit., p. 469; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 419.

Aunque en principio se niega la posibilidad de convalidar o confirmar la donación nula por defecto de forma, el artículo 1.340 del Code permite la confirmación («confirmation»), realizada por los herederos del donante. La razón de esta excepción se encuentra, según la doctrina, en que las reglas de forma de la donación se establecen en beneficio de los herederos del donante pudiendo éstos renunciar a lo establecido en su favor (Sobre ello vid. *infra*, apart. VI).

<sup>49</sup> JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.313, p. 749; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 586.

<sup>50</sup> En este sentido BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.132, p. 522, indican que el artículo 931 debe ser interpretado restrictivamente no siendo aplicable:

- a los actos que, si bien se califican como donación, no son verdaderas liberalidades (entre ellos sitúan a las donaciones remuneratorias y a las onerosas);
- a las donaciones hechas sin acto, es decir, a las donaciones manuales;
- a los actos que contienen una donación pero no son donaciones, esto es, a las donaciones indirectas y a las disimuladas.

Vid. TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., pp. 424 y 425; MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. IV, vol. 2.º, *Succesions, libéralités*, 4.ª ed. par BRETON, París, 1982, p. 670.

<sup>51</sup> Sobre ello vid. *infra*, el apart. IV, 1, relativo a la figura de la donación indirecta.

la figura de la donación indirecta y la donación disimulada<sup>52</sup>, hay que decir aquí que el que las donaciones encubiertas se consideren válidas sin necesidad de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 931 del Code se debe a que la jurisprudencia francesa tradicionalmente las ha equiparado a las denominadas donaciones indirectas: concebida la categoría de la donación indirecta como comprensiva de todos aquellos supuestos en que se lleva a cabo una liberalidad mediante un negocio distinto del contrato de donación, se distinguen aquellos casos en que la donación indirecta se hace de manera ostensible y aquéllos en que se hace de manera disimulada<sup>53</sup>. En el primer caso —lo que la doctrina actual califica como donación indirecta— el negocio jurídico utilizado por las partes es realmente querido por éstas, en el segundo caso las partes efectúan una liberalidad disfrazándola bajo la apariencia de un negocio oneroso<sup>54</sup>.

Por lo que respecta a las donaciones manuales, suele fundamentarse su validez en la tradición histórica francesa que las admitía sin necesidad de cumplir las solemnidades legalmente establecidas<sup>55</sup>. Pero, independientemente de ello, hay quien considera que la «traditio»<sup>56</sup> opera como un «formalismo de sustitución» («formalisme de substitution») cumpliendo la misma función que el documento notarial en las donaciones sujetas al artículo 931<sup>57</sup>.

La donación manual puede recaer sobre todas las cosas muebles independientemente de su valor, salvo aquellos bienes muebles cuya transmisión está sujeta a inscripción registral y que por ello necesitan cumplir unas determinadas formalidades (buques, aeronaves, etc.) y los bienes incorpóreos —derechos de crédito, derechos de propiedad intelectual, etc.— que precisan una determinada forma para su enajenación<sup>58</sup>.

<sup>52</sup> Vid. *infra*, apart. VII.

<sup>53</sup> DEMOLOMBE, ob. cit., n.º 98, p. 90.

<sup>54</sup> Sobre las diferencias entre la donación indirecta y la donación disimulada, BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1236, p. 567; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 683; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 683.

<sup>55</sup> DEMOLOMBE, ob. cit., n.º 57, pp. 49 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.142, pp. 527 y ss.; JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.328 y ss., pp. 757 y 758; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 671.

<sup>56</sup> La tradición ha de ser real y no ficticia, es precisa la entrega material de los bienes donados (LAURENT, ob. cit., n.º 227, p. 347; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., p. 501; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 672). No obstante la jurisprudencia admite un concepto amplio de tradición real considerando como tal las transferencias bancarias, la entrega de cheques y el depósito en un banco de un cofre a nombre del donatario. Vid. RAYNAUD, en MARTY y RAYNAUD, *Droit civil, Les successions et les libéralités*, París, 1983, p. 389; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., p. 502; MEAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français, contribution à la théorie générale de la donation*, París, 1985, pp. 382 y ss.

<sup>57</sup> MEAU-LAUTOUR, ob. cit., pp. 390, 391; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 448.

<sup>58</sup> En general se niega la posibilidad de donar manualmente un crédito mediante la entrega del título en que aparece documentado. La donación manual se considera posible únicamente respecto de títulos al portador, no respecto de títulos nominativos y a la orden cuya transmisión requiere formalidades especiales. Vid. JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.330 y ss., pp. 758 y 759; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., pp. 506 y 507; MEAU-LAUTOUR, ob. cit., pp. 385 y 386; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., pp. 450 y 451.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Hay que hacer alguna referencia al régimen de las donaciones remuneratorias y onerosas. En este punto los autores y la jurisprudencia francesa siguen la doctrina de POTHIER. Respecto de las donaciones remuneratorias POTHIER distinguía según que los servicios que se pretendieran recompensar fuesen o no estimables en dinero. En el segundo caso las consideraba donaciones puras y simples. Cuando el servicio podía ser valorado pecuniariamente tenía en cuenta si el valor del mismo era inferior o equivalente al de la cosa donada. Si era de valor inferior, el negocio estaba sujeto a las reglas de la donación. Si el servicio remunerado tenía el mismo o superior valor que la cosa donada, según POTHIER, no existía donación. La misma distinción aplicaba a las donaciones onerosas pero atendiendo, obviamente, al valor del gravamen<sup>59</sup>.

Esta regla ha sido utilizada tradicionalmente por los autores franceses para determinar en qué casos las donaciones remuneratorias y onerosas están sujetas a la forma de la donación. Se apartan sin embargo de lo postulado por POTHIER al afirmar que cuando los servicios remunerados o la carga impuesta al donatario son apreciables en dinero y su valor es menor que el del objeto donado, el negocio debe ser considerado como contrato mixto eximiéndosele, también en este caso, de la solemnidad de la donación<sup>60</sup>.

### 2. Derecho italiano

#### A) CÓDIGO CIVIL DE 1865

Siguiendo las directrices del Código de Napoleón, el artículo 1.065 del C.c. italiano de 1865 establecía que «todos los actos de donación deben ser hechos por acto público, de otro modo son nulos».

El régimen de la donación, en lo tocante a la forma, era prácticamente idéntico al establecido en el Código civil francés: la forma pública era precisa para toda donación como requisito de validez, la aceptación debía hacerse también en documento

---

<sup>59</sup> POTHIER, ob. cit., pp. 48 y 49.

<sup>60</sup> En este sentido, BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.134 y ss., pp. 523 y 524; DEMOLOMBE, ob. cit., n.º 50 y ss., pp. 41 y 42; TROPLONG, ob. cit., n.º 1.076 y ss., pp. 46 a 48. En contra, LAURENT, ob. cit., n.º 334, p. 413, quién estima que, siendo el valor del servicio remunerado o el de la carga inferior al de la donación, si bien el negocio tiene naturaleza mixta, como el acto no puede escindirse en lo que se refiere a la forma, es preferible –desde el momento en que existe un elemento de liberalidad– exigir las solemnidades de la donación.

La jurisprudencia francesa dispensa de la exigencia de forma notarial a la donación remuneratoria siempre que el servicio recompensado sea valuable económicamente e independientemente de si excede o no su valor del del objeto donado (MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 696; RAYNAUD, ob. cit., p. 372). Asimismo, exime a las donaciones onerosas en que la carga tiene un valor menor que lo donado –en caso contrario el negocio sería oneroso– de cumplir las exigencias formales del artículo 931 del C.c. (PLANIOU y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., p. 431).

público no surtiendo efecto la donación, en caso de que aquélla se hiciese con posterioridad a la declaración del donante, hasta que no se notificara a éste la aceptación (art. 1.057). Además se exigía, para la donación de cosas muebles, la especificación de los bienes donados con indicación de su valor (art. 1.070)<sup>61</sup>.

Al igual que en el Derecho francés, la jurisprudencia y la doctrina italiana admitió la validez de las donaciones manuales de bienes muebles sin necesidad de revestir la forma prevista legalmente<sup>62</sup>, pero a diferencia de aquél, sólo se sustraían a la exigencia de documento público las de módico valor. La determinación de cuándo una donación manual no superaba ese límite de «modicidad» quedaba al arbitrio judicial debiendo interpretarse tal requisito en relación al estado patrimonial del donante y a las circunstancias particulares de cada caso<sup>63</sup>.

La jurisprudencia italiana, sin embargo, tendía a rechazar la validez de las donaciones disimuladas bajo forma de contrato oneroso<sup>64</sup>. No obstante, determinados supuestos que se calificaban como liberalidades indirectas —contrato con estipulación en favor de tercero, remisión de la deuda, etc.— se consideraban exentos de la exigencia de forma prevista para la donación<sup>65</sup>.

Por último hay que señalar que las donaciones remuneratorias y onerosas —que el artículo 1.051 del Código civil consideraba verdaderas donaciones<sup>66</sup>— estaban sujetas a la solemnidad de la escritura pública<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> La omisión del requisito de la escritura pública determinaba la nulidad absoluta de la donación (PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. V, parte 1.ª, ristampa della 5.ª ed. a cura di Venzi, Torino, 1927, p. 13; RICCI, *Corso Teorico-pratico di Diritto civile*, vol. IV, *Acquisto dell'eredità-donazioni*, Torino, 1880, pp. 358 y 359; VITALI, «Delle donazioni», en *Il Diritto civile italiano*, dirigit por Fiore y Brugi, 2.ª ed., Napoli-Torino, 1925, p. 170). No obstante, el artículo 1.311 del C.c. permitía —y en esto coincidía también con el Código francés— la ratificación o ejecución voluntaria de la donación por parte de los herederos del donante.

<sup>62</sup> En contra de la validez de las donaciones manuales, ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, cit., pp. 410 y ss.

<sup>63</sup> VITALI, ob. cit., pp. 199 y ss; RICCI, ob. cit., pp. 368 y ss.; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., pp. 66 y 67; LOMONACO, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. IV, 2.ª ed., Napoli, 1895, p. 527.

<sup>64</sup> PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., pp. 68 y ss; RICCI, ob. cit., pp. 365 y ss.; ASCOLI, *Trattato*, cit., p. 442, niegan la validez de las donaciones disimuladas señalando que tal es la opinión de la jurisprudencia italiana de la época. VITALI, ob. cit., pp. 237 y ss, sostiene, por el contrario, que la donación disimulada debe ser considerada válida cuando el contrato aparente reviste la forma pública.

<sup>65</sup> Si bien en el Derecho francés se creó la categoría de la donación indirecta para englobar todas aquellas liberalidades que no habían de ajustarse a las formas de la donación, en el Derecho italiano no tuvo mucha aceptación la construcción francesa. Los autores preferían analizar caso por caso los supuestos que, eventualmente, podían sustraerse de la solemnidad de la donación. Vid. BARETTA, voz «Donazione», en *Nuovo Digesto italiano*, t. V, Torino, 1938, p. 201; ASCOLI, *Trattato*, cit., p. 432. Sobre ello, vid. apart. IV, 1.

<sup>66</sup> Artículo 1.051: «Es donación también la liberalidad hecha por reconocimiento o en consideración de los méritos del donatario, o por especial remuneración o aquella por la cual se imponga cualquier carga al donatario».

<sup>67</sup> RICCI, ob. cit., pp. 353 y ss. Este autor advierte que aunque la ley no diga nada, cuando en las donaciones onerosas la carga absorbe el valor del objeto donado debe entenderse que el acto pierde su carácter de liberalidad; entiendo que la apreciación de cuándo la donación debe considerarse negocio oneroso queda al arbitrio judicial.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

### B) CÓDIGO CIVIL DE 1942

El Código civil de 1942 no supone gran variación respecto del derogado en lo que se refiere a la forma del contrato<sup>68</sup> de donación. El artículo 782 exige que la donación se haga en escritura pública (en presencia de dos testigos<sup>69</sup>) –cualquiera que sea su objeto– bajo pena de nulidad, debiendo adjuntarse, en la donación de bienes muebles, especificación de los bienes donados con indicación de su valor<sup>70</sup>.

Como novedad el Código de 1942 exime ya expresamente de la exigencia de forma pública a las donaciones manuales disponiendo su artículo 783 que «la donación de módico valor que tiene por objeto bienes muebles es válida también si falta el acto público siempre que se realice la tradición. La modicidad debe ser valorada en relación a las condiciones económicas del donante»<sup>71</sup>.

La doctrina italiana actual considera válidas las donaciones disimuladas siempre que el negocio jurídico aparente reúna los requisitos de forma exigidos para la donación, es decir, cuando se haga en documento público y con asistencia de dos testigos<sup>72</sup>. Aunque no se admite la existencia de la «donación indirecta» como categoría jurídica existen determinadas liberalidades que se consideran exentas de las formalidades de la donación<sup>73</sup>.

Al igual que en el Derecho anterior al Código de 1942, tanto las donaciones remuneratorias como las onerosas han de ajustarse a la formalidad del artículo 782 del C.c. Los artículos 770 y 793, respectivamente, encuadran tales modalidades de donación en la figura de la donación típica, interpretando la doctrina que les son aplicables las reglas de forma establecidas en la ley<sup>74</sup>.

---

<sup>68</sup> En el artículo 769 del nuevo Código se define la donación, expresamente, como contrato, evitando así las discusiones doctrinales nacidas de la conceptualización de la donación como «acto» en el Código civil de 1865.

<sup>69</sup> Según la Ley notarial de 16 de febrero de 1913 es precisa la intervención de dos testigos en el acto público de la donación.

<sup>70</sup> El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos determina la nulidad de la donación aunque el artículo 799 permite la confirmación por los herederos del donante. El artículo 782 establece la necesidad de notificación de la aceptación al donante cuando no se hace en el mismo acto que la declaración de éste. Vid. en general, TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, trad. de la 15.ª ed. italiana anotada por Martínez Calcerrada, Madrid, 1967, p. 485; BURDESE, *Manuale de Diritto privato italiano*, Torino, 1974, p. 849; TORRENTE, *La donazione*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu y Messineo, Milano, 1956, pp. 442 y ss.

<sup>71</sup> Para LYCIA GARDANI CONTURSI-LISI, *Donazioni*, en *Commentario del Codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, Libro secondo: *Successioni*, Bologna-Roma, 1976, p. 269, el artículo 783 no supone tanto la exclusión de la prescripción formal del artículo 782 como el establecimiento de una forma alternativa: el donante puede decidir entre escoger el régimen formal prescrito para la donación o realizar la «traditio».

<sup>72</sup> FERRARA, *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Atard y De la Puente, reimp., Madrid, 1961, p. 235; CASULLI, voz «Donazione» (Dir. priv.) en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIII, p. 974. Sobre ello véase el apart. VII.

<sup>73</sup> Vid. *infra*, apart. VI, 1.

<sup>74</sup> La doctrina y la jurisprudencia coincide en afirmar que la donación remuneratoria está sujeta a la forma solemne de la donación entendiendo que la finalidad de remunerar no hace de la donación un tipo

### 3. Derecho alemán

Como se sabe, en el Derecho alemán la transmisión de los bienes y derechos tiene lugar a consecuencia de la celebración de un negocio dispositivo que generalmente va precedido de un negocio obligatorio de carácter causal.

Esta distinción es importante a la hora de analizar la forma de la donación ya que en el Derecho alemán no existe la donación como negocio dispositivo, esto es, como contrato traslativo típico. El parágrafo 516 sienta el concepto legal de donación y la define como «una atribución por la cual alguien enriquece a otro a costa de su patrimonio cuando ambas partes están de acuerdo en que la atribución se realiza gratuitamente». Se califica como donación («Schenkung») toda atribución patrimonial realizada gratuitamente siempre que se den los siguientes presupuestos: empobrecimiento del donante<sup>75</sup>, enriquecimiento del donatario<sup>76</sup> y acuerdo entre las partes sobre la gratuidad de la atribución. La existencia de este acuerdo es importante ya que opera como causa («Rechtsgrund») de la atribución excluyendo el juego de la normativa del enriquecimiento injusto<sup>77</sup>. La donación así configurada, en cuanto no es un contrato

---

negocial distinto ya que permanece en el campo de los simples motivos no alterando su carácter de liberalidad. (CICU, «Donazione remuneratoria», en *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1955, pp. 1.246 y 1.247; BIONDI, voz «Donazione» (Dir. civile), en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, p. 248; D'ANGELO, *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942, pp. 142 y ss; BALBI, *La donazione*, en *Trattato di Diritto civile*, dirigido por Grosso y Santoro-Passarelli, vol. II, 4.º, Milano, 1964, pp. 63 y ss.).

En cuanto a la donación onerosa, se estima que la imposición de una carga al donatario no transforma la donación en un negocio oneroso, ni siquiera en el supuesto en que el gravamen absorba el contenido económico de la donación puesto que el modo no asume la función de correspondiente. No obstante, aunque desde el punto de vista jurídico la donación modal se considera como tal donación y no se rige por las reglas de los contratos onerosos –en concreto, ha de ajustarse a la exigencia formal del artículo 782– no se olvida que el modo opera como límite económico de la atribución. Esto significa que a efectos de colación, rescisión, etc., de la donación modal se tiene en cuenta, no el objeto donado, sino la diferencia entre su valor y el valor de la carga impuesta al donatario (BALBI, ob. cit., pp. 69-71; BIONDI, voz «Donazione» cit., p. 247).

<sup>75</sup> Debe existir una disminución patrimonial efectiva, no se considera «empobrecimiento» en el sentido requerido como presupuesto de la donación al hecho de dejar de percibir una posible ganancia. Kolhossler, «Comentario a los parágrafos 516-534 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, Band 3, 1. Halband, München, 1980, p. 524.

<sup>76</sup> Puede consistir en un aumento patrimonial de cualquier especie: transmisión de la propiedad, constitución de un derecho real, cesión de un crédito, etc. Además puede consistir tanto en un aumento del activo como en una disminución del pasivo, así, constituye donación la remisión de una deuda. ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, 1.ª parte, 15.ª ed., por Lehman, trad. española anotada por Pérez y Algüer, 3.ª ed. adaptada por Ferrandis Vilella, Barcelona, 1966, p. 194; REUSS, «Comentario a los parágrafos 516-534 del B.G.B.», en *Staudinger Kommentar zum B.G.B.*, Band II, 12.ª ed., Berlín, 1978, p. 568; PUTZO, «Comentario a los parágrafos 516-534 del B.G.B.», en *Palandt Kommentar zum B.G.B.*, München, 1990, p. 526; KOLHOSSER, ob. cit., p. 525.

<sup>77</sup> No se requiere que el donante tenga propósito de enriquecer al donatario (intención ésta que la doctrina identifica con el «animus donandi» propio de la donación). Basta que exista el indicado acuerdo sobre la gratuidad siendo indiferente que el donante obre impulsado por motivos egoístas o interesados. KOLHOSSER, ob. cit., pp. 524, 526; REUSS, ob. cit., p. 566; PUTZO, ob. cit., p. 526.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

típico, tampoco debe adoptar una forma específica sino que adopta la forma del negocio (del negocio de disposición) utilizado para llevar a cabo la atribución<sup>78</sup>.

Frente a este tipo de donación que se corresponde con lo que la doctrina denomina donación de inmediata ejecución («sofort vollzogenen Schenkung»), donación manual («Handschenkung») o donación real («Realschenkung») el Código regula en el parágrafo 518 la promesa de donación («Schenkungsversprechen») que no es más que una donación obligatoria en la que un sujeto se compromete frente a otro a efectuar la atribución gratuita. Existen pues dos tipos de donación en el Código civil alemán, la donación de eficacia real que no existe como contrato típico y el contrato obligatorio o promesa de donación<sup>79</sup>. Esta última sí tiene carácter solemne. El parágrafo 518 exige para la validez del contrato la documentación notarial de la declaración del donante<sup>80</sup>. No es necesaria, sin embargo, la documentación de la aceptación del donatario lo que se explica porque la prescripción formal sólo tiene como finalidad, según dicen los autores alemanes, el proteger al donante contra la precipitación<sup>81</sup>.

La inobservancia de la forma prescrita ocasiona la nulidad del contrato obligatorio de donación<sup>82</sup>, no obstante, el propio parágrafo 518 prevé la posibilidad de subsanar la falta de forma mediante la ejecución de la donación. Dice este precepto en su párrafo segundo: «La falta de forma es subsanada (“geheilt”) mediante la realización de la prestación prometida»<sup>83</sup>.

---

<sup>78</sup> Así, si la atribución consiste en la transmisión o constitución de un derecho real sobre un bien mueble la donación se llevará a cabo mediante el acuerdo abstracto dirigido a la transmisión del mismo («Einigung») —que no requiere ninguna forma específica para su validez— y la entrega o tradición de la cosa (cfr. parágrafo 929). Si se trata de transmisión o constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles, mediante el negocio abstracto de disposición y la inscripción registral (cfr. parágrafo. 873,1). El acuerdo abstracto de transmisión, al igual que en el supuesto en que recae sobre bienes muebles, puede realizarse en cualquier forma sin que el hecho de que el negocio reúna los caracteres de una donación altere dicha regla. Sólo el acuerdo que tiene como objeto la transmisión de la propiedad de una finca («Auflassung») tiene carácter solemne (cfr. parágrafo 925). Cuando la donación tiene como objeto un crédito se verifica mediante el contrato dispositivo de cesión («Abtretungsvertrag») que no está sujeto a ninguna forma específica. Vid. ENNECCERUS-LEHMANN, ob. cit., p. 198; REUSS, ob. cit., p. 590.

<sup>79</sup> HEDEMANN, *Tratado de Derecho civil*, vol. III, Derecho de obligaciones, trad. y anotado por Santoz Briz, Madrid, 1958, p. 284.

<sup>80</sup> Dice el parágrafo 518, 1: «Para la validez de un contrato en el cual es prometida una prestación como donación es necesaria la documentación notarial de la promesa». Esta última expresión «promesa» («Versprechen») alude a la declaración del donante. En realidad, como pone de relieve KOLHOSSER, ob. cit., p. 552, aunque se denomine promesa de donación al contrato completo, en rigor «promesa» es únicamente la manifestación de voluntad del donante.

<sup>81</sup> KOLHOSSER, ob. cit., p. 552; REUSS, ob. cit., p. 591; FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, 3.ª ed., Springer-Verlag, Berlín, Heidelberg, New York, 1979, p. 247.

<sup>82</sup> El parágrafo 518 exige dicha forma «para la validez» del contrato, pero además el parágrafo 125 B.G.B. dispone con carácter general que cuando la ley prescribe una determinada forma para un negocio jurídico la omisión de la misma determina su nulidad.

<sup>83</sup> Sobre ello vid. apart. VI.

El Código admite expresamente la posibilidad de que la donación se haga, no sólo a través de un contrato obligatorio de donación, sino también mediante una promesa o reconocimiento de deuda abstractos. En ambos casos se aplica la prescripción formal del parágrafo 518<sup>84</sup>.

También se considera aplicable el indicado precepto a la promesa de donación cuando ésta tiene carácter remuneratorio<sup>85</sup>. En cuanto a la donación modal, dice LEHMANN que en ella no cabe distinguir una parte onerosa y otra gratuita, es un negocio único –no mixto– cuyo contenido consiste en la atribución del objeto «sub modo». Por ello considera sujeta la promesa de donación modal a la forma prevista en el parágrafo 518<sup>86</sup>.

### III. LA FORMA DEL CONTRATO DE DONACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL. FUNDAMENTO DE SU CARÁCTER SOLEMNE. EL CONCEPTO DE ACTO DE LIBERALIDAD

Los artículos 632 y 633 C.c. sancionan expresamente el incumplimiento de los requisitos de forma en ellos establecidos –entrega de la cosa<sup>87</sup> o documento privado para la donación de bienes muebles, escritura pública para la de inmuebles– con la nulidad de la donación, estableciendo así una de las pocas excepciones al principio espiritualista existentes en nuestro Derecho.

Mientras que respecto de otros contratos cabe la duda, a la vista de lo establecido en la ley, de si la forma prevista legalmente tiene carácter de elemento esencial del

<sup>84</sup> Dice este precepto que la documentación notarial también es necesaria «cuando se otorga como donación una promesa de deuda o un reconocimiento de deuda de la clase señalada en los parágrafos 780 y 781, respecto de la promesa o la declaración de reconocimiento». Vid. ENNECCERUS-LEHMAN, ob. cit., p. 199.

<sup>85</sup> REUSS, ob. cit., p. 591. HEDEMANN, ob. cit., p. 286, parece conceptuar como donación –remuneratoria– la que se hace en compensación de servicios inestimables económicamente y como pago o acto solutorio la que se realiza como recompensa de servicios ordinariamente remunerados.

Los autores alemanes se preguntan cuándo la atribución que se realiza con posterioridad a la prestación de ciertos servicios debe ser considerada como donación remuneratoria y cuándo como pago de los mismos. En principio se dice que cuando existe acuerdo entre ambas partes sobre el carácter gratuito del servicio prestado una remuneración posterior no puede ser otra cosa que una donación. Se observa, sin embargo, que puede ocurrir que se realice un servicio sin que exista obligación de efectuarlo pero con la intención de exigir en el futuro una remuneración. Se trataría entonces de un comportamiento realizado en atención a la conclusión de un contrato oneroso, determinando la remuneración posterior la perfección del contrato. La delimitación de cuándo se está ante uno u otro supuesto es, en definitiva, una cuestión de interpretación («Auslegungsfrage»). REUSS, ob. cit., p. 572; KOLHOSSER, ob. cit., p. 529.

<sup>86</sup> ENNECCERUS-LEHMANN, ob. cit., pp. 229, 230. Se advierte, no obstante, que si el modo agota totalmente el valor del enriquecimiento y el cumplimiento de aquél no es de interés para el donatario no habrá en realidad donación porque no se produce ningún enriquecimiento material. Se tratará de un «datum ob causam» sin carácter de donación, o de una transmisión fiduciaria.

<sup>87</sup> Sobre la entrega de la cosa como «forma» de la donación, vid. *infra*, apartado V.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

negocio o se establece a otros efectos –cosa que ocurre por ejemplo en el contrato de sociedad– es indiscutible –y en ello está de acuerdo la generalidad de la doctrina<sup>88</sup> y la jurisprudencia<sup>89</sup>– que la donación es un contrato<sup>90</sup> solemne<sup>91</sup>, lo cual se deduce claramente de la dicción de los artículos 632 y 633 que exigen el cumplimiento de las prescripciones formales para la validez de la donación.

Puesto que en nuestro Ordenamiento rige el principio de libertad de forma (artículo 1.278 C.c.) la imposición de una forma solemne no se explica sino en virtud de la finalidad que con ella se pretende conseguir<sup>92</sup>. Hemos podido comprobar que a lo largo de la historia se ha considerado necesario establecer mecanismos dirigidos a controlar la rea-

---

<sup>88</sup> Salvo alguna autora como GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 626 y ss., que opina que la forma prescrita en los artículos 632 y 633 C.c. para la donación es necesaria únicamente para que se produzca la transmisión de la propiedad –«como requisito de eficacia para la producción del efecto real»– pero no para la validez del contrato en cuanto vínculo obligatorio. Basa su afirmación en el hecho de que las prescripciones formales de dichos artículos están pensadas para la donación entendida como modo de adquirir la propiedad.

<sup>89</sup> Entre otras, cfr. Sentencias de 21 de junio de 1932; 13 de marzo de 1952; 13 de mayo de 1963; 1 de diciembre de 1964; 25 de junio de 1966; 13 de julio de 1984; 15 de octubre de 1985; 30 de abril de 1986; 14 de mayo de 1987; 24 de junio de 1988; 27 de septiembre de 1989; 16 de febrero de 1990; 24 de septiembre de 1991; 10 de noviembre de 1994, y 3 de marzo de 1995.

<sup>90</sup> Aunque se ha discutido largamente si la donación es un contrato o un modo de adquirir la naturaleza contractual de la donación está fuera de toda duda. Vid. por todos, ALBALADEJO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VIII, 2.º, Madrid, 1986, pp. 7 y ss.

Hay que advertir, no obstante, que el carácter contractual de la donación no se admite por algunos autores sin matizaciones. Por ejemplo, CALVO SORIANO, «Tradición y donación», en *AAMN*, t. III, 2.ª ed., 1959, pp. 462 y ss., observa que el consentimiento del donatario tiene un «especialísimo carácter» ya que en la donación toda la energía del negocio jurídico descansa en la voluntad del transmitente. La exigencia de aceptación, a su juicio, tiene más bien el carácter de un obstáculo puesto a la eficacia de la donación. Para FERRANDIS VILELLA, «Donación traslativa y contrato de donación», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. IV, n.º 8 y 9, pp. 584 y ss., no es indiferente la parte de quien proceda la oferta contractual pues, en su opinión, necesariamente debe proceder del donatario la declaración de aceptación.

<sup>91</sup> Entre otros, cfr. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 285 y 286; GULLÓN, *Curso de Derecho civil, Contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, p. 77; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3.º, *Contratos y cuasicontratos*, 2.ª ed., Barcelona, 1986, p. 136; LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2.º, *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, p. 130. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción, Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 252.

<sup>92</sup> Toda regla de forma, en la medida que supone una derogación al principio general de libertad de forma debe estar justificada. La justificación ha de buscarse en el tipo de intereses que se tutelan y en la finalidad que en cada caso persigue su establecimiento (PERLINGIERI, *Forma del negozi, Formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 26, texto y nota 37, pp. 36 y 43). Entre las finalidades que puede perseguir la imposición de una determinada forma negocial destaca HELDRICH, «Die Form des Vertrages», en *AcP*, 1941, t. 147, pp. 89 y ss., las siguientes: obtener mayor claridad en la conclusión del negocio (la documentación permite distinguir la efectiva conclusión del negocio de los meros tratos preliminares) y en su contenido; facilitar la prueba del contrato; proteger a los contratantes contra la precipitación; permitir el conocimiento de la celebración del negocio por parte de terceros; procurar el asesoramiento de los contratantes –obviamente, cuando la forma impuesta implica la intervención de un funcionario revestido de la fe pública–; controlar o dificultar la conclusión de determinados negocios en interés de la comunidad.

lización de donaciones con el objeto de proteger tanto el patrimonio del donante como los intereses de terceros. La imposición de limitaciones de carácter formal ha jugado un importante papel en este sentido. En efecto, de entre las razones aducidas en el Derecho español y comparado para justificar la solemnidad de la donación destacan las siguientes:

- La necesidad de proteger al donante de irreflexivos impulsos de generosidad obligándole a que actúe con mayor deliberación, evitando, al mismo tiempo, la posibilidad de captación de su voluntad que se hace más difícil si ha de mediar la solemnidad.
- La conveniencia de dotar de certidumbre y publicidad este tipo de transmisiones y hacer constar con seguridad el objeto y montante de las mismas con el fin, por un lado, de asegurar la irrevocabilidad de la donación y, por otro, de proteger los intereses de los herederos y acreedores del donante, facilitando, a la hora de ejercitar una acción de reducción por inoficiosidad o una acción rescisoria por fraude de acreedores, la prueba de su existencia y, por consiguiente, el cálculo de la legítima y la porción reducible o el conocimiento de la disminución del patrimonio del donante a efectos de la acción revocatoria.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, de entre las razones que acabamos de exponer, no todas ellas se utilizan en todos los ordenamientos para justificar el carácter solemne de la donación. Así, mientras que en el Derecho alemán se piensa que la solemnidad de la promesa de donación (donación obligacional) tiene como exclusiva finalidad proteger al donante contra la precipitación (por ello sólo se exige la formalización de la declaración del donante y no la de la aceptación del donatario)<sup>93</sup>, en el Derecho francés e italiano se justifica la exigencia de forma de la donación, no sólo en dicha finalidad, sino especialmente en la necesidad de proteger a la familia de éste contra los perjuicios económicos que le puede deparar su excesiva generosidad<sup>94</sup>. No se considera, sin embargo, que tenga como fin proteger los intereses de los acreedores del donante<sup>95</sup>, cosa que sí se afirma en el Derecho español donde, concretamente, DE CASTRO, sostiene: «lo anómalo y peligroso de la disminución de un patrimonio,

<sup>93</sup> Dado que esta es la finalidad que se predica de la exigencia de forma pública se afirma que la misma no es necesaria en la donación manual («Handschenkung») o de inmediata ejecución («sofort vollzogenen Schenkung») ya que, al realizarla, el donante debe haber madurado su decisión puesto que sufre ya efectivamente el sacrificio patrimonial. En cambio quien promete la donación sólo para el futuro no experimenta actualmente ningún sacrificio y por ello, en opinión del legislador, debe ser protegido (KOLHOSSER, ob. cit., p. 552).

<sup>94</sup> Entre la doctrina francesa, LAURENT, ob. cit., n.º 221, pp. 282 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1066, p. 498; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 666; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., pp. 411, 412; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOSSOUARN, ob. cit., p. 461. En el Derecho italiano, vid. CASULLI, ob. cit., p. 974; BIONDI, «La donazioni», en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por Vasalli, t. XII, vol. 4.º, Torino, 1961, pp. 436 y ss.

<sup>95</sup> En determinados momentos históricos esta última finalidad es la que parece haberse considerado primordial. Por ejemplo, la insinuación catalana tenía por objeto, exclusivamente, proteger a los acreedo-

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

sin contraprestación ni justificación económica para la familia (herederos forzosos) y para los *acreedores y derechohabientes del donante*, ha hecho que las leyes concedan una eficacia relativamente menor a los negocios gratuitos; como garantía de los posibles interesados se exige su publicidad, y como sanción de ésta se impone, en fin, la nulidad por carencia de forma»<sup>96</sup>. Las diferencias que acabamos de apuntar, en cuanto al fundamento de la exigencia de forma en la donación en los diversos ordenamientos son importantes pues, como se verá, pueden explicar las distintas soluciones que en cada uno de ellos se da a algunos aspectos relativos al régimen de la donación (así, en relación a la ejecución de la donación nula por defecto de forma). Por lo demás, de lo expuesto se desprende que son las consecuencias económicas que provoca la donación las que justifican que se prevea una determinada forma para su válida celebración. Es decir, el fundamento de la solemnidad de la donación se encuentra en su carácter de acto de liberalidad.

En relación a ello conviene resaltar dos puntos: 1.º Que el concepto de acto de liberalidad es más amplio que el de donación. 2.º Que el concepto de acto de liberalidad no es equivalente al de acto gratuito pues no todo negocio gratuito determina la existencia de un acto de liberalidad. Vayamos por partes. La donación, como establece expresamente el artículo 618 C.c., es un acto de liberalidad. Ahora bien, el concepto de acto de liberalidad alude al resultado económico producido –enriquecimiento y empobrecimiento correlativos– y este resultado económico, como se verá al examinar la figura de la donación indirecta, puede obtenerse por medios distintos al de la celebración de un contrato de donación<sup>97</sup>. Para que exista un acto de liberalidad deben darse los siguientes requisitos:

– Es preciso que exista un enriquecimiento y empobrecimiento correlativos. Ello significa que debe existir un nexo de causalidad entre ambos efectos: el acrecenta-

---

res del donante. Asimismo, la insinuación francesa, según la regulaba la Ordenanza de 1731, era precisa para que la donación fuese eficaz frente a terceros. Esta ordenanza exigía también la forma pública bajo pena de nulidad, que, según POTHIER (ob. cit., pp. 66 y 67), tenía como finalidad evitar los fraudes a los derechos de los herederos del donante y los terceros. No ocurre lo mismo en el Derecho francés actual.

<sup>96</sup> DE CASTRO, «La simulación y el requisito de la forma en la donación de cosa inmueble», en *ADC*, 1953, t. VI, p. 1005. Vid. también, ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pp. 155 y 156.

Paradigmáticas resultan, en este sentido, las afirmaciones de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1932 en la que se dice que al ser la donación «un acto liberal que atribuye el dominio al donatario gratuitamente y que por significar una merma, sin contraprestación, del patrimonio del donante y un enriquecimiento sin gravamen, del beneficiario, requiere requisitos y solemnidades que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio de responsabilidad patrimonial les confieren» (el subrayado es nuestro).

<sup>97</sup> CARNEVALI, voz «Liberalità», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIV, pp. 215 y 216; TORRENTE, ob. cit., p. 11; FERRARA, *La simulación*, cit., pp. 225 y ss., distingue el concepto estricto de donación (contrato de donación típico) del concepto amplio de donación, que es equivalente al de acto de liberalidad.

miento patrimonial de un sujeto debe tener su origen en el empobrecimiento de otro sujeto. Es decir, el resultado debe suponer la traslación de un valor económico (de transferencia de riqueza habla algún autor<sup>98</sup>) del patrimonio de un sujeto, que se empobrece, al patrimonio de otro que experimenta un incremento<sup>99</sup>. El empobrecimiento ha de ser un empobrecimiento efectivo lo que sólo se produce cuando se pierde un elemento patrimonial ya existente –sea una pérdida actual, como la que tiene lugar mediante la disposición de un bien en favor de otro sujeto<sup>100</sup>, o potencial, como la que resulta de la asunción sin contraprestación a cambio de una obligación de dar<sup>101</sup>– pero no cuando se pierde una posible ganancia<sup>102</sup> o se renuncia a un derecho no adquirido<sup>103</sup> pues en tales casos el patrimonio del sujeto que no llega a adquirir la ganancia o el derecho en cuestión no experimenta ningún cambio.

– Para que, producido un resultado económico de las características antedichas, pueda apreciarse la existencia de un acto de liberalidad es necesario que el enriquecimiento

<sup>98</sup> MOSCO, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942, pp. 285 y 286.

<sup>99</sup> TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, cit., p. 474; TORRENTE, ob. cit., p. 7; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOSSOUARN, ob. cit., p. 440; RAYNAUD, ob. cit., p. 242; MEAULATOUR, ob. cit., p. 242. El objeto del empobrecimiento y del enriquecimiento no tienen que ser idénticos, por ejemplo, existe un acto de liberalidad si un sujeto entrega a otro cierta cantidad de dinero que éste, el beneficiario, emplea en la compra de un bien (sobre ello véase el apart. VIII, 4). KOLHOSSER, ob. cit., p. 525; REUSS, ob. cit., p. 569.

<sup>100</sup> En la noción de «disposición» se comprende tanto la enajenación de un bien o derecho (real, de crédito) como la constitución de un derecho real en favor de otro sujeto (TORRENTE, ob. cit., p. 219). Suele incluirse también los actos de renuncia (CARNEVALI, ob. cit., p. 216) si bien debe tenerse en cuenta que la consideración de la renuncia como acto de liberalidad es discutible (véase el apart. VIII, 1).

<sup>101</sup> TORRENTE, ob. cit., p. 8; CARNEVALI, ob. cit., p. 216; CASULLI, ob. cit., p. 969. La aptitud de la prestación gratuita de servicios para operar un acto de liberalidad es dudosa. En la doctrina alemana se afirma que sólo puede ser objeto de una donación (se emplea este término en sentido amplio, como acto de liberalidad) la condonación de la obligación de remunerar una prestación de servicios ya realizada pero no la realización gratuita de la prestación de servicios en sí misma. KOLHOSSER, ob. cit., p. 524; REUSS, ob. cit., p. 568. También en el Derecho francés se dice que quien presta gratuitamente sus servicios no hace una donación (en rigor, un acto de liberalidad). RAYNAUD, ob. cit., p. 241. En el Derecho español son de esta opinión ROCA SASTRE, «La donación remuneratoria», en *Estudios varios*, Madrid, 1988, p. 215; LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., pp. 128 y 129. Ello se explica por lo que se dirá en la nota siguiente.

<sup>102</sup> KOLHOSSER, ob. cit., p. 524; TORRENTE, ob. cit., p. 10. Esta circunstancia explica que se niegue que la prestación gratuita de servicios pueda implicar una liberalidad. Así, dice MOSCO, ob. cit., pp. 288 y 289, que si el sujeto que asume la obligación de hacer la prestación gratuitamente no había adquirido ningún derecho a obtener una remuneración, no puede decirse que exista un empobrecimiento por su parte, ya que su patrimonio permanece intacto tanto si presta los servicios como si permanece ocioso. En el mismo sentido, CARNEVALI, ob. cit., p. 216. ROCA SASTRE, «La donación remuneratoria», cit., p. 215. Cabe pensar no obstante que, si el sujeto que realiza la prestación de servicios se dedica profesionalmente a tal actividad, realizándola gratuitamente se empobrece puesto que desaprovecha su capacidad laboral que constituye el medio a través del cual percibe ingresos (GARDANI CONTURSI-LISI, *Donazioni*, cit., p. 52).

<sup>103</sup> PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., pp. 57 y 62 (aunque en relación a los supuestos que pueden considerarse donaciones indirectas, lo que presupone que han de tratarse de actos de liberalidad); TORRENTE, ob. cit., p. 214 (véase el apart. VIII, 1).

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

to del sujeto beneficiado haya sido libremente querido por el sujeto que sufre la pérdida patrimonial. Es decir, el requisito del «animus donandi» o espíritu de liberalidad, que se considera indispensable en el contrato de donación típico (en el que cumple la función de causa) entendido en su acepción objetiva –como voluntad de provocar el acrecentamiento patrimonial de otro sujeto<sup>104</sup>– debe concurrir también en los demás actos de liberalidad<sup>105</sup>. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que no tienen la consideración de actos de liberalidad aquellos supuestos en que el enriquecimiento obtenido por el beneficiario es un efecto directo de la ley y no un efecto de la voluntad del sujeto que sufre la pérdida patrimonial aunque éste obre movido por la intención de enriquecer a aquél<sup>106</sup>.

Mientras que todo fenómeno que reúna las características expuestas determina la existencia de un acto de liberalidad, la donación es, en nuestro Derecho, aquel contrato que tiene como función económica típica el efectuar una liberalidad mediante la disposición gratuita de un bien realizada por un sujeto en favor de otro sujeto (art. 618 C.c.)<sup>107</sup>. La donación es, al mismo tiempo, un contrato gratuito y un acto de liberalidad. Ello no

<sup>104</sup> En la actualidad se encuentra superada la concepción subjetiva del «animus donandi» que impide apreciar su existencia en aquellos casos en que el donante no actúe movido por estrictos impulsos de generosidad y con la exclusiva voluntad de beneficiar a otro sujeto (desde este punto de vista no existiría «animus donandi» si se efectúa una donación con el propósito, por ejemplo, de gozar de mayor prestigio social) estimándose que existe ánimo de liberalidad siempre que exista voluntad (formada libre y espontáneamente, esto es, «nullo iure cogente») de provocar un incremento patrimonial en otro sujeto. Es por ello que se llega a identificar el indicado «animus donandi» con el consentimiento prestado por el donante al concluir el contrato de donación. Vid. CASULLI, ob. cit., pp. 971 y 972; TORRENTE, ob. cit., pp. 176 y ss.; Díez-Picazo y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 6.ª ed., Madrid, 1992, pp. 335 y 336; RAYNAUD, ob. cit., pp. 237 y 238.

<sup>105</sup> FERRARA, *La simulación*, cit., p. 225; CARNEVALI, ob. cit., p. 216; CASULLI, ob. cit., pp. 971 y 972; GARDANI CONTURSI-LISI, *Donazioni*, cit., pp. 28, 29 y 33; BIONDI, voz «Donazioni», cit., pp. 236 y 237. Téngase en cuenta que un sujeto puede enriquecerse a costa de otro sujeto por variadas circunstancias como puede ser el hecho de que este último se encuentre en una situación de necesidad tal que le lleve a concluir un negocio en condiciones desventajosas (por ej. una compraventa a un precio inferior o superior –según se mire desde la óptica del vendedor o del comprador– al normal). En tales casos no puede apreciarse la existencia de un acto de liberalidad.

<sup>106</sup> Desde este punto de vista no se consideran actos de liberalidad los actos de renuncia aunque puedan ocasionar un beneficio para un tercero como ocurre en las renunciaciones a derechos reales limitativos del dominio (PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOSSOUARN, ob. cit., p. 447; RICCI, ob. cit., p. 373; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 63; TORRENTE, ob. cit., pp. 207, 208; TILOCCA, «Donazione indiretta e rinunzia ad eredità o legatì», en *Riv. trim. di Dir. e procedura civile*, 1955, p. 211. Véase, no obstante, el apartado VIII, 1, donde se realizan algunas matizaciones) ni los actos de plantación, edificación, etc., en suelo ajeno, en que, si bien el propietario del predio puede obtener ciertas ventajas, ello es consecuencia del juego de las reglas de la accesión y no de la voluntad del sujeto actuante (ORTEGA PARDO, «Donaciones indirectas», en *ADC*, 1949, p. 950). En todo caso el acto de liberalidad vendría dado por la renuncia al abono de los gastos efectuados (art. 360 C.c.) y no por la construcción o plantación en sí mismas consideradas. En este caso entraríamos dentro del ámbito de la condonación de la deuda (art. 1.187 C.c.).

<sup>107</sup> El Código italiano de 1942 incluye dentro del concepto típico de donación la obligacional lo que evita la problemática surgida en el Derecho español acerca de la posibilidad de la donación obligatoria

ocurre, sin embargo, con todos los contratos gratuitos. La apreciación es importante porque en ocasiones se califican como liberalidades contratos gratuitos como el comodato, depósito o mutuo sin interés que no lo son<sup>108</sup> (lo que quizá se deba a que existe una cierta confusión terminológica derivada, en nuestra opinión, del hecho de que el concepto de «liberalidad» se utiliza por el propio Código en unas ocasiones para calificar el «animus» que mueve al sujeto que se compromete a realizar o realiza una prestación sin correspondiente –cfr. art. 1.274 C.c cuando regula la causa de los contratos– y en otras para hacer alusión al resultado económico obtenido –art. 618 cuando define la donación como un acto de liberalidad– lo que lleva a emplear como sinónimas las expresiones «acto a título gratuito» y «acto a título de liberalidad» puesto que, siendo el negocio gratuito –ausencia de contraprestación– se entiende por causa, según el artículo 1.274, la «mera liberalidad del bienhechor»). En segundo lugar porque tales contratos se equiparan a la donación en ciertos aspectos de su régimen jurídico y específicamente en el de la forma<sup>109</sup>, siendo así que las reglas de forma de la donación, así como la mayor parte de su disciplina, se imponen, como se ha indicado, en atención a su carácter de acto de liberalidad –es decir, en atención al resultado económico que provoca– y no solamente en atención a su carácter gratuito. De los caracteres que, según hemos expuesto, se predicen de los actos de liberalidad se desprende por qué no puede concebirse como tales, al menos como regla general, a estos contratos. Si bien el comodatario, mutuario o depositante obtiene una ventaja sin realizar por su parte ningún sacrificio patrimonial, esta ventaja no conlleva empobrecimiento para el otro contratante. El bien dado en comodato sigue perteneciendo al comodante que sólo pierde por cierto tiempo su uso. Del mismo modo, el mutuante no ve disminuido su patrimonio por la entrega de la suma que el mutuario está obligado a devolver. Aunque el depositario realiza una actividad de custodia, el depositante está obligado a reembolsarle los gastos y a indemnizarle los perjuicios que haya podido sufrir (cfr. arts. 1.741, 1.753, 1.779). El hecho de que el comodante o el prestamista hubiesen podido alquilar el bien o prestarlo

---

(vid. apart. IV, 2). Así, el artículo 769 define la donación como «el contrato con el cual, por espíritu de liberalidad, una parte enriquece a la otra, disponiendo a favor de ésta de un derecho suyo o asumiendo contra la misma una obligación». El Código francés, en cambio, permanece apegado al concepto tradicional de donación como acto dispositivo y la define, en su artículo 894, como «un acto por el cual el donante se despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta».

<sup>108</sup> Así, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Los contratos en particular*, Barcelona, 1989, p. 113, quien, tras definir la liberalidad como aquel acto «por el que, sin estar obligado a ello, una persona proporciona a otra alguna ventaja o beneficio gratuito (sin nada a cambio)» incluye «dentro de la categoría de liberalidades» actos como «dar en comodato o en mutuo sin interés, recibir en depósito sin retribución». Este autor (ob. cit., p. 118) reconoce que en tales contratos no se da un enriquecimiento y empobrecimiento correlativos pero pese a ello los califica como «liberalidades». En el mismo sentido en *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pp. 3-5.

<sup>109</sup> Vid. cap. VI, apart. III.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

a interés, o que el depositario hubiese podido exigir remuneración, no implica disminución patrimonial para ellos porque, como se ha dicho, no es tal la pérdida de una eventual ganancia<sup>110</sup>. Conviene hacer notar ya, aunque sobre ello volvamos en un capítulo posterior<sup>111</sup>, que si el fundamento de la solemnidad de la donación se encuentra en la necesidad de preservar el patrimonio del donante evitando que obre irreflexivamente y, según se afirma en nuestro Derecho, en la necesidad de proteger los intereses de legítimos y acreedores frente a la disminución patrimonial sufrida por aquél<sup>112</sup>, no se ve cómo puede aplicarse las reglas de forma de la donación a contratos que no provocan las consecuencias económicas que justifican su imposición.

### IV. AMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 632 Y 633 C.C.

#### 1. La figura de la donación indirecta

Hemos visto que en el Derecho francés la jurisprudencia ha venido interpretando tradicionalmente que la forma prescrita en el artículo 931 no es exigible mas que cuando se lleva a cabo una liberalidad por medio de un contrato de donación. El concepto de donación indirecta fue creado por la doctrina francesa para referirse a aquellas liberalidades que se realizan por medio de un negocio jurídico que no es una donación propiamente dicha. Tal negocio jurídico ha de ser un acto real y verdaderamente

---

<sup>110</sup> KOLHOSSER, ob. cit., pp. 524 y 538; REUSS, ob. cit., p. 568; TORRENTE, ob. cit., pp. 3 y ss.; CARNEVALI, ob. cit., pp. 216 y 217; CASULLI, ob. cit., p. 969; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, 2.º, *Contratos en particular*, 2.ª ed., rev., Barcelona, 1982, p. 79. No obstante, cabe pensar que ocasionalmente de estos contratos puede derivarse un acto de liberalidad. Ello puede ocurrir cuando el depositario habitualmente realiza esa actividad a cambio de retribución de modo que el depositante, para obtener aquel servicio, debiera haber pagado la correspondiente contraprestación, o cuando, en el supuesto del comodato, el uso de la cosa viene siendo concedido habitualmente por cierto precio siendo fruto de un rédito constante para el propietario, o, en fin, cuando el mutante ha entregado una suma que debía haber destinado a un empleo fructífero (posibilidad esta última que en la actualidad ha crecido enormemente ya que en la moderna práctica bancaria es usual que el dinero provoque un rédito) (MOSCO, ob. cit., pp. 285-288). Como observa TORRENTE, ob. cit., pp. 241 y 242, la posible consideración de estos contratos gratuitos como actos de liberalidad requiere en todo caso la apreciación de las circunstancias económicas del prestamista, comodante..., del ambiente en que vive, de la duración de la relación jurídica, etc.

Puede decirse, por tanto, que mientras que la donación implica el desplazamiento de un *valor cognoscible* del patrimonio del donante al del donatario, en estos contratos la medida del eventual enriquecimiento o empobrecimiento de las partes es totalmente *incierta* ya que depende de las circunstancias concretas del caso (en este sentido LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 129).

<sup>111</sup> Vid. cap. VI, apart. III.

<sup>112</sup> Como se verá más adelante (apart. VII) es discutible que la forma de la donación esté prescrita con el fin de proteger los intereses de terceros.

querido por las partes que, además de su finalidad típica, provoca el efecto económico propio de la donación. Ello permite diferenciar la donación indirecta de la donación disimulada pues en ésta el negocio utilizado para llevar a cabo el propósito de liberalidad no es sino una mera apariencia, una máscara que pretende ocultar la existencia de la donación<sup>113</sup>.

Las donaciones indirectas son consideradas por los autores franceses como una excepción al principio de solemnidad de la donación<sup>114</sup>. Al estar integradas estas liberalidades en un acto jurídico distinto de la donación adoptan la forma del acto que les sirve de soporte<sup>115</sup>, pero permanecen sujetas a las condiciones de fondo (normas acerca de reducción por inoficiosidad, colación, etc.) de las donaciones ordinarias<sup>116</sup>.

Entre los supuestos más comunes incluidos tradicionalmente por los autores franceses en la figura de la donación indirecta se encuentran la condonación de la deuda, la renuncia a los derechos, el contrato con estipulación en favor de tercero y las donaciones que resultan de un contrato oneroso como la compraventa con precio de favor<sup>117</sup>. Existen otros como el reconocimiento ficticio de deuda o la compra de un bien para un tercero que presentan dudas acerca de su calificación como donación indirecta o donación disimulada<sup>118</sup>.

El concepto de donación indirecta ha sido recogido por la doctrina italiana pero, mientras que en la doctrina francesa su consideración como categoría jurídica autónoma parece estar bastante asentada, los autores italianos —tanto los anteriores al Código civil de 1942, como los posteriores a éste— han venido negando sistemáticamente que la donación indirecta constituya una verdadera categoría jurídica, estimando que la variedad de supuestos que se incluyen en dicha especie no son reconducibles a un único concepto que permita formular una «teoría general» de la donación indirecta<sup>119</sup>.

<sup>113</sup> Vid. BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., pp. 561 y 567; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 593; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., p. 534; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., pp. 681 y 683; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 439.

<sup>114</sup> COLIN y CAPITANT, ob. cit., pp. 586 y 587; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 670; RAYNAUD, ob. cit., pp. 234 y 374; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., pp. 424 y 425.

<sup>115</sup> Indica MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 684, que al estar integradas estas donaciones en una operación más amplia, no es posible exigir a las partes una descomposición de la misma para obligarles a recurrir a la forma de la donación.

<sup>116</sup> MAZEAUD-BRETON, ob. cit., pp. 684 y 685.

<sup>117</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1222 y ss., pp. 561 y 562; DEMOLOMBE, ob. cit., n.º 56, p. 48; COLIN y CAPITANT, ob. cit., pp. 593 y ss.; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., pp. 535 y ss.; RAYNAUD, ob. cit., p. 376; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., pp. 441 y ss.

<sup>118</sup> PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., pp. 536 y 537; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., pp. 434 a 436; RAYNAUD, ob. cit., pp. 378 y ss.

<sup>119</sup> Así, entre los autores posteriores al Código civil de 1865, ASCOLI, *Trattato*, cit., p. 432, y BARATTA, ob. cit., p. 201. Por lo general se tendía a analizar caso por caso los supuestos que eventualmente podían sustraerse a las formas de la donación si bien, en muchos casos, se llegaba a soluciones con-

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Ello se debe en cierta medida a que a los supuestos tradicionalmente considerados por la doctrina francesa como donaciones indirectas, los autores italianos han añadido otros, derivados de actos no negociales, como la «satio», «plantatio» o «aedificatio» en fundo ajeno<sup>120</sup>. Es fundamentalmente la falta de homogeneidad de las hipótesis que se pretende integrar en dicha figura lo que impide a la mayoría de los autores admitir su existencia como categoría jurídica unitaria<sup>121</sup>. De ahí que algunos consideren más apropiado hablar de «donaciones no contractuales» o de «donaciones o liberalidades atípicas» para aludir a los supuestos comúnmente englobados en la especie de la donación indirecta<sup>122</sup>.

Esto no significa que la doctrina italiana rechace la noción de «donación indirecta»<sup>123</sup>. Lo que sucede es que se ha llegado a la conclusión de que se trata de una categoría no individualizable con base a criterios jurídicos sino económicos. Se dice que es una categoría fundada en la producción de un concreto resultado patrimonial. Por eso, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés donde se utiliza la figura de la donación indirecta para justificar la sustracción de determinados negocios a la forma de la donación, en el Derecho italiano el calificar un determinado supuesto como donación indirecta se considera útil para justificar la aplicación de ciertas normas creadas a propósito de la donación a actos diversos. Tales disposiciones son normas materiales que se aplican en base al resultado económico obtenido e independientemente de la forma jurídica utilizada para llevarlo a cabo<sup>124</sup>.

La justificación de la figura de la donación indirecta se ha pretendido encontrar, por algunos autores, en la más amplia del negocio jurídico indirecto: las donaciones indi-

---

tradictorias, vid. VITALI, ob. cit., pp. 225 y 226; RICCI, ob. cit., pp. 357 y 358; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., pp. 62 y 63. Con posterioridad al Código civil de 1942 niegan, entre otros, que exista la donación indirecta como categoría jurídica autónoma, MESSINEO, ob. cit., pp. 23 y 24; CASULLI, ob. cit., p. 990; BIONDI, voz «Donazione», cit., p. 250; TRABUCCHI, ob. cit., p. 479.

<sup>120</sup> Cfr. TORRENTE, ob. cit., p. 23.

<sup>121</sup> En este sentido argumenta CASULLI, ob. cit., pp. 998 y ss., que no existe uniformidad respecto del medio con el cual el fin de liberalidad se realiza en los singulares casos. El enriquecimiento del donatario tiene, en unos casos –dice– una fuente negocial y, en otros, legislativa, asimismo, desde el punto de vista estructural, el enriquecimiento se realiza en ciertos supuestos mediante acuerdo entre el donante y el donatario, en otros, mediante una solo acto de voluntad del donante, e incluso mediante dos negocios independientes, como en las hipótesis de renuncia a la que debe seguir la aceptación del interesado.

<sup>122</sup> Así BIONDI, voz «Donazione», cit., p. 250, dice que «la calificación que mejor responde a este concepto es la de donaciones o liberalidades atípicas». CASULLI, ob. cit., pp. 971 y ss., utiliza el término «donaciones no contractuales», como opuesto al de la donación típica, para referirse a todas las liberalidades no realizadas a través del contrato de donación.

<sup>123</sup> No puede olvidarse que tal noción ha sido tenida presente por el legislador del Código italiano de 1942. Así el artículo 737 dispone que los coherederos han de traer a la masa de la herencia cuanto hubiesen recibido del difunto por donación «directa o indirectamente». Y el artículo 809 sujeta a las normas que regulan la revocación y reducción de la donación todas aquellas liberalidades que «resultan de actos diversos de los previstos en el artículo 769 C.c.», es decir, de actos distintos del contrato de donación.

<sup>124</sup> TORRENTE, ob. cit., pp. 23 y 24; CASULLI, ob. cit., p. 990.

rectas son supuestos en que mediante un negocio distinto al de la donación se obtiene un resultado económico análogo al de ésta. Se considera negocio indirecto aquel que, teniendo una causa y una finalidad típica, es utilizado por las partes para la consecución de un resultado práctico diferente del que normalmente se deriva de dicho negocio. Por tanto, aquéllas pueden encajar en el negocio indirecto<sup>125</sup>. El régimen jurídico del negocio indirecto coordina además con el que suele aplicarse a las donaciones indirectas (sujeción a las reglas de fondo de la donación pero no a las de forma) ya que éste está sujeto a una doble disciplina: la del tipo de negocio adoptado –que las partes quieren efectivamente llevar a cabo– y la correspondiente al resultado obtenido en el caso concreto<sup>126</sup>.

No obstante, la inclusión de la donación indirecta en la figura del negocio indirecto es también objeto de abundantes discusiones. Las razones aducidas para rechazar tal posibilidad son sustancialmente las mismas que se toman como base para negar la existencia de la categoría –como tal categoría– de la donación indirecta: en síntesis, la falta de homogeneidad de las hipótesis que la integran. En la medida que se afirma que la donación indirecta no actúa necesariamente en el campo negocial, no puede ser reconducida a la figura del negocio jurídico indirecto<sup>127</sup>.

<sup>125</sup> El negocio indirecto se individualiza por la existencia de un «fin ulterior» ajeno al propio del negocio empleado y que, desde un punto de vista meramente conceptual, nada tiene que ver con la función del negocio (vid. ASCARELLI, «Il negozio indiretto», en *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, pp. 8 y ss.; RUBINO, *El negocio jurídico indirecto*, trad. por Rodríguez-Arias, Madrid, 1953, pp. 17 y ss., y ORTEGA PARDO, *Donaciones indirectas*, cit., pp. 920 y ss., que recoge abundantes definiciones doctrinales). Es preciso hacer notar que ese fin ulterior ha de coexistir con el fin propio del negocio empleado de modo que la consecución del objetivo final perseguido por las partes no excluya la realización del objetivo típico del negocio adoptado. De ahí que se afirme que la causa del negocio indirecto es siempre la del negocio medio, quedando englobados los fines ulteriores en el campo de los motivos (ASCARELLI, ob. cit., pp. 23 y 191; ORTEGA PARDO, ob. cit., p. 928). En este sentido señala BETTI (*Teoría general del negocio jurídico*, trad. y concordado con el Derecho español por Martín Pérez, Madrid, 1949, p. 295) que mientras que en el negocio simulado la discrepancia entre la causa típica del negocio elegido y la intención práctica perseguida en concreto supone una verdadera incompatibilidad, en el negocio indirecto existe una simple incongruencia o discordancia entre fines que son entre sí compatibles.

<sup>126</sup> La normativa correspondiente al resultado obtenido en el caso concreto viene constituida por aquellas normas que conciernen a un efecto determinado independientemente del medio utilizado por las partes, justificándose tal sujeción en la necesidad de evitar el recurso al negocio indirecto con fines fraudulentos (vid. ORTEGA PARDO, ob. cit., pp. 928 y ss.; RUBINO, ob. cit., pp. 22 y 23; ASCARELLI, «Il negozio indiretto», cit., p. 29).

<sup>127</sup> TORRENTE, ob. cit., pp. 22 y ss. defiende que la donación indirecta es una manifestación del negocio indirecto. Al igual que éste presenta una disfunción entre el intento empírico de las partes y la causa del negocio, entre ésta y el resultado económico.

Además de Torrente reconducen la donación indirecta a la figura del negocio indirecto, ASCARELLI, en «Il negozio indiretto» –ya citado– y en, «Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatio-ne», ambos artículos en *Studi in tema di contratti*, cit., pp. 28 y ss., y p. 80 y ss., respectivamente. También TILOCCA, «Donazione indiretta e rinunzia ad eredità o legati», cit., pp. 208 y ss.

En el Derecho español, ORTEGA PARDO, ob. cit., pp. 944 y ss., cree posible construir un concepto unitario de donación indirecta, incluíble en la figura del negocio indirecto, siempre que se excluyan determinados fenómenos que, a su juicio, no pueden ser calificados como liberalidades indirectas.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

En nuestro Derecho ALBALADEJO sostiene la inexistencia de las donaciones indirectas por considerarlas una manifestación del negocio indirecto cuya existencia niega<sup>128</sup>. Según este autor todas las denominadas donaciones indirectas son en realidad donaciones directas, donaciones sin más, que quedan sometidas, en todo, a las reglas de la donación<sup>129</sup>. Otros autores, con independencia de que las denominadas donaciones indirectas deban o no considerarse negocios indirectos, reconocen que en ocasiones se puede obtener el resultado propio de la donación mediante actos o negocios jurídicos distintos y califican estos supuestos como donaciones indirectas<sup>130</sup>.

En realidad la figura de la donación indirecta no es sino una consecuencia del hecho de que, como ya adelantamos en el apartado anterior, el concepto de acto de

---

<sup>128</sup> La admisibilidad del negocio indirecto en el sistema jurídico español ha sido puesta en duda por la doctrina. En este sentido observa DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 449, que la eficacia del negocio indirecto encuentra un obstáculo insalvable en la causa como requisito del negocio. Si para determinar la eficacia de la causa en cada negocio hay que atender al propósito concreto o empírico de las partes, quedará cerrado el camino al negocio indirecto ya que para calificar cualquier negocio causal habrá que considerar el propósito real, la finalidad práctica pretendida, y ello también aunque propósito y fin se busquen utilizando estructuras o formas inadecuadas.

RUIZ SERRAMALERA, *El negocio jurídico*, Madrid, 1980, pp. 345 y 346, dice que «dentro de un sistema causalista, como lo es el español, es difícil mantener su existencia, tanto porque en muchos casos no se estará ante un negocio indirecto, sino ante un negocio simulado o fraudulento, como porque es necesario descubrir su causa, y si existe y es lícita, no hay por qué hablar de negocio indirecto, sino de negocio atípico».

Otros autores como LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2.º, *Doctrina general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, pp. 160 y 161, entienden que no existe una categoría de contratos indirectos «sino que la doctrina designa como tales a los que, cada uno con su propia causa, plantean el problema de cuál sea la reacción de la finalidad secundaria perseguida sobre el negocio primario y su resultado típico». PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *Doctrina general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1978, p. 535, es de la misma opinión.

En realidad la mayoría de los autores —españoles y extranjeros— se pronuncian decididamente por la irrelevancia de la pretendida categoría del negocio indirecto. Vid. ORTEGA PARDO, ob. cit., pp. 939 y 940, y los autores que cita en notas 58 y ss.

<sup>129</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pp. 24 y ss. Piensa además este autor que el caso de la pretendida persecución por las partes de fines indirectos al negocio que usan, hay que entender que es conceptuado por nuestro Derecho o como hipótesis de dos negocios unidos, cada uno por la parte que en el total corresponde al fin perseguido, o como hipótesis de negocio mixto que, si bien sería uno solo, está compuesto, en las partes que sea, por los que corresponderían a las distintas en que es idealmente separable el fin total perseguido.

<sup>130</sup> GULLÓN, *Curso de Derecho civil*, cit., pp. 93 y 94, habla de las donaciones indirectas e indica que el empobrecimiento del donante y el correlativo enriquecimiento del donatario se efectúa muchas veces mediante la celebración de otros negocios jurídicos que tienen su causa propia, o mediante la realización de actos jurídicos. En la donación indirecta, dice, «por un medio jurídicamente válido y realmente querido por las partes, pero distintos a los formalmente previstos en los artículos 618 y siguientes del C.c., se consigue el resultado típico de la donación». En el mismo sentido, en Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., pp. 356 y 357.

LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., pp. 166 y ss., también se refiere a la donación indirecta y define ésta como «la atribución realizada con ánimo liberal y efectivo enriquecimiento del “accipiens” mediante un negocio típicamente oneroso, o al menos, ajeno a la “causa donandi”».

liberalidad es más amplio que el de donación puesto que, tratándose aquél de un efecto económico, puede tener lugar por medios distintos al de la celebración de un contrato típico de donación. Así, se observa que los supuestos considerados por la doctrina italiana y francesa como donación indirecta son, por un lado, los negocios unilaterales o aquellos hechos jurídicos que ocasionan un enriquecimiento y empobrecimiento correlativos<sup>131</sup>; por otro, aquellos supuestos en que el resultado económico propio de la donación deriva de un negocio oneroso o de una «operación jurídica neutra» (este carácter «neutro» significa que el negocio de que se trate no revela su naturaleza onerosa o gratuita<sup>132</sup>) o, incluso, de un negocio gratuito que tiene una función típica distinta de la prevista para la donación, v. gr. la remisión de la deuda<sup>133</sup>. Es decir, se trata de supuestos que no pueden calificarse como donación propiamente dicha porque, pese a que ocasionan un resultado económico análogo al de ésta no reúnen los caracteres propios del contrato de donación, bien porque no son contratos, bien porque siéndolo son contratos onerosos, de carácter «neutro» (la estipulación en favor de tercero se suele incluir entre las operaciones jurídicas neutras ya que la causa onerosa o gratuita que subyace en la relación de valuta no se manifiesta externamente<sup>134</sup>), o contratos gratuitos cuya función típica no es idéntica a la del contrato de donación. Se trata, en suma,

<sup>131</sup> FERRARA, ob. cit., p. 226; CASULLI, ob. cit., pp. 988 y 990; BIONDI, voz «Donazione», cit., p. 237.

<sup>132</sup> MONTREDON, *La désolennisation des libéralités*, París, 1989, p. 53. En ocasiones se ha pretendido caracterizar la donación indirecta como la resultante de un acto abstracto (PONSARD, *Les donations indirectes en Droit civil français*, París, 1946, pp. 130 y ss.; RAUCENT, *Droit patrimonial de la famille, les libéralités*, Louvain-Bruxelles, 1979, p. 137), pero hay que tener en cuenta que el término «abstracto» no se utiliza en el sentido de acto o negocio que vale independientemente de su causa sino en el sentido de acto que no manifiesta o revela la causa a que obedece (MEAU-LATOUR, ob. cit., pp. 395 y 396, pone de relieve la confusión de algunos autores entre acto neutro y abstracto). En la doctrina francesa se otorga especial importancia a este carácter neutro o abstracto que debe tener el acto a calificar como donación indirecta. De hecho algún autor ha negado que un negocio oneroso que además de los efectos propios de su tipo contractual provoque un resultado análogo al de la donación pueda ser calificado como donación indirecta basándose en la necesidad de que se trate de un acto «neutro». Así RAUCENT, ob. cit., p. 138, considera que la compraventa con precio ventajoso o la compra de un bien que realiza un sujeto para un tercero, por tratarse de actos onerosos, pueden calificarse como donaciones disimuladas pero no como donaciones indirectas.

Otros autores, como PONSARD, ob. cit., pp. 128 y ss., 184 y ss.; y MONTREDON, ob. cit., pp. 55 y ss., se esfuerzan en demostrar que todos los supuestos que normalmente se consideran donaciones indirectas —estipulación en favor de tercero, compraventa amistosa...— tienen carácter «neutro» y no oneroso.

No obstante, la mayoría coincide en afirmar que el negocio que puede dar lugar a una donación indirecta puede tener, no sólo carácter neutro, sino también oneroso e incluso gratuito. Lo que hay que tener en cuenta, señala MEAU-LATOUR, ob. cit., p. 399, no es el carácter neutro o eventualmente oneroso de la operación, sino la coexistencia de efectos específicos de un concreto negocio con efectos propios del contrato de donación.

<sup>133</sup> Suele ponerse como ejemplo de negocio oneroso que opera una donación indirecta la compraventa amistosa, y de gratuito, la condonación de la deuda. Cfr. ASCOLI, ob. cit., p. 432; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 441; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 685; RAYNAUD, ob. cit., p. 375.

<sup>134</sup> Vid. *infra*, apart. VIII, 3.

de actos de liberalidad que no pueden subsumirse en el concepto legal de donación. En nuestra opinión tiene razón la doctrina italiana cuando niega que la pretendida categoría de la «donación indirecta» sea tal categoría (en sentido jurídico) puesto que no es sino un conjunto de supuestos heterogéneos que sólo tienen en común el tratarse de liberalidades que no encajan en el esquema contractual típico calificado por la ley como «donación» (por ello lo correcto sería, desde nuestro punto de vista, hablar de «liberalidades atípicas» y no de «donaciones indirectas»<sup>135</sup>). Ahora bien, una vez que se reconoce que existen liberalidades que no son reconducibles al concepto típico de donación hay que preguntarse si, dado que la mayor parte de la normativa prevista para la donación se establece con el objeto de tutelar los intereses de aquellos que puedan verse perjudicados por las consecuencias económicas que provoca este negocio, debe aplicarse tal normativa a todo acto de liberalidad, sea o no resultado de la celebración de un contrato de donación.

Hemos visto que en el Derecho francés se considera aplicable a los actos de liberalidad que resultan de negocios distintos del contrato de donación (aquellos que se incluyen en la figura de la donación indirecta) las reglas de fondo de la donación pero no las de forma. Lo mismo sucede en el Derecho italiano donde se llega a afirmar que en el contrato de donación la forma está ligada al tipo legal de manera que, en la medida que un determinado supuesto no pueda ser reconducido al modelo tipificado por la ley como donación, no está sujeto a la forma prevista para éste<sup>136</sup>. Por lo que respecta al Derecho español, aunque la doctrina no ha prestado especial atención a este tema, parece que se tiende a estimar que, si bien las reglas de fondo de la donación son aplicables a otros actos de liberalidad, no ocurre lo mismo con las reglas de forma que, según afirma GULLÓN, «están ligadas al medio empleado» y «el ordenamiento no puede extenderlas a cualquier negocio del que indirectamente pueda resultar una donación» (en rigor, un acto de liberalidad)<sup>137</sup>.

<sup>135</sup> Dice GALGANO, *El negocio jurídico*, trad. por Blasco Gascó y Prats Albentosa, Valencia, 1992, p. 112, que la donación no agota la categoría de las liberalidades entre vivos y que las liberalidades resultantes de actos distintos de la donación usualmente se denominan como liberalidades atípicas. En relación a esta denominación aclara: «en este caso, sin embargo el concepto de atipicidad se entiende como liberalidad distinta del tipo de la donación, y no en el sentido en el que se habla de contratos atípicos o innominados».

<sup>136</sup> DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma (aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992, pp. 27 y ss., 50 y ss., 75 y ss., observa que, dentro de la disciplina de los distintos contratos, existen normas que delimitan o definen el tipo contractual, y otras que van ligadas a la individuación de un tipo concreto. La aplicación de estas últimas presupone la calificación del negocio según un determinado tipo o modelo. Ello explica, a su juicio, que las denominadas «donaciones indirectas» no hayan de ajustarse a la forma prevista para el contrato de donación.

<sup>137</sup> GULLÓN, *Curso de Derecho civil*, cit., p. 94. Este autor sí considera aplicables las normas relativas a la revocación, reducción por inoficiosidad, colación, etc. También LACRUZ, *Contratos en particular*, cit., pp. 167 y 168, afirma que «pese a cualquier conveniencia de política jurídica, a falta de contrato de donación no rigen las correspondientes exigencias formales» no obstante, considera aplicables a los actos de liberalidad distintos del contrato de donación otras normas: «tales normas son las que afectan al fondo, no

En nuestra opinión la determinación de si las solemnidades previstas para este contrato han de aplicarse extensivamente a otros negocios de los que también resulte un acto de liberalidad requiere un análisis particularizado de cada caso lo que se hará al examinar alguno de los supuestos que se suelen incluir en la figura de la donación indirecta<sup>138</sup>.

## 2. El concepto legal de donación. La donación como contrato traslativo y como contrato obligatorio

El artículo 618 C.c. define la donación como «un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa, en favor de otra que la acepta». Del citado artículo se desprende que el *contrato* de donación (recuérdese que en la actualidad es indudable la naturaleza contractual de la donación<sup>139</sup>) es aquel cuya función económica es la obtención de una liberalidad mediante la realización de un acto de disposición gratuito en beneficio de otro sujeto. Aunque el precepto habla de disponer de una «cosa», tal concepto ha de entenderse en sentido amplio<sup>140</sup>, englobando tanto a las cosas corporales como las incorporeales e incluyéndose, por tanto, los derechos. La transmisión y constitución gratuita de derechos reales limitativos del dominio<sup>141</sup> y la cesión gratuita de derechos de crédito<sup>142</sup> encajan en el concepto legal de donación.

Ahora bien, el artículo 618 al definir la donación como un contrato por el cual se «dispone» en favor de otro sujeto parece considerar como tal únicamente la que tiene carácter traslativo. La tradicional polémica sobre si la donación es contrato o modo de adquirir ha sido sustituida modernamente por la polémica sobre su carácter traslativo u obligacional lo que no es, en definitiva, sino una variante de la discusión anterior<sup>143</sup>. La

---

a la forma... las normas que atienden a la tutela de terceros tienden a operar frente a cualquier desplazamiento sin corresponsivo que en la intención de las partes sea equivalente: las relativas a revocación por supervenencia o supervivencia de hijos, reducción por inoficiosidad, impugnación por fraude de acreedores». En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 356.

<sup>138</sup> Vid. apart. VIII.

<sup>139</sup> Vid. nota 90.

<sup>140</sup> ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil*, VIII, 2.º, cit., p. 4.

<sup>141</sup> FERRANDIS VILELLA, «Donación traslativa...», cit., p. 591; LACRUZ, *Contratos y cuasi-contratos*, cit., p. 129.

<sup>142</sup> Frente a lo que sucede en el Derecho alemán donde la donación adopta la forma del negocio jurídico utilizado para llevar a cabo la enajenación —salvo que se trate de una donación obligatoria o promesa de donación— en nuestro Derecho ocurre lo contrario. Toda enajenación que encaje en la definición de donación del art. 618 debe ajustarse a las solemnidades de ésta. La cesión de créditos es regulada en el C.c. como si fuese un apéndice de la compraventa, sin embargo es indudable que puede tener «causa donandi». Cuando el contrato de cesión del crédito tiene carácter gratuito resultan aplicables las reglas de forma de la donación (vid. *infra*, cap. VI).

<sup>143</sup> En efecto, en la medida que se afirma que el contrato de donación tiene en sí mismo eficacia traditoria transmitiendo la propiedad sin necesidad de tradición se llega a la conclusión de que es un «modo



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

doctrina actual entiende mayoritariamente que la donación puede ser tanto traslativa como obligacional, si bien la que regula el Código es la dispositiva<sup>144</sup>.

Según cierta tendencia doctrinal la eficacia inmediatamente traditoria o meramente obligatoria de la donación está íntimamente relacionada con su forma de celebración: en la donación de inmuebles el efecto transmisivo está ligado al otorgamiento de la escritura pública que opera como «traditio ficta» (art. 1.462.2). En la donación de bienes muebles, como el artículo 632 en su párrafo primero exige la entrega simultánea del objeto donado para la validez de la donación, es obvio que la adquisición de la propiedad se produce inmediatamente, pero no por efecto del contrato de donación, sino a consecuencia de la tradición<sup>145</sup>. ¿Qué ocurre con la donación de bienes muebles

---

de adquirir». No obstante, en la actualidad se estima que el que la donación pueda considerarse como un modo de adquirir no excluye su carácter contractual, en definitiva no sería sino un contrato que opera a la vez como título y modo de adquirir. Como señala LALAGUNA, «Los artículos 623 y 629 del Código civil y la naturaleza de la donación» en *RDP*, 1964, t. 48, pp. 281 y 282, «la donación es, ciertamente contrato y modo de adquirir, o, más precisamente, contrato formal dispositivo por el que se opera sin necesidad de tradición la adquisición del derecho real». El carácter dispositivo de la donación «no está reñido con la noción de contrato, sino únicamente con la mecánica traslativa propia de los contratos obligacionales, en cuanto preparatorios –sin consumir por sí mismos– de la adquisición de la propiedad o el derecho real». Igualmente LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 127, observa que la donación es contrato y modo de adquirir, «concepto que no debe oponerse al de contrato, pues no es contradictorio con él, y simplemente se refiere a un orden distinto de ideas».

<sup>144</sup> SÁNCHEZ BLANCO, «Sobre la naturaleza y la forma de la donación», en *IJ*, septiembre, 1952, n.º 112, pp. 804 y ss., indica que puede admitirse tanto la donación traslativa como la obligacional aunque la contemplada en el Código es la primera, en virtud de la cual el donante no se obliga a transmitir, sino que efectiva e inmediatamente transmite la cosa donada».

FERRANDIS VILELLA, *Notas al Derecho de obligaciones* de Ennecerus (vol. II, 1.ª parte), cit., p. 202, y en «Donación traslativa y contrato de donación», *Revista...*, cit. (n.º 9), p. 582, opina que en nuestro Derecho la donación puede configurarse de acuerdo con un doble modo de actuación, con eficacia inmediatamente traslativa y con eficacia meramente obligatoria. El primer modo de actuación, dice, es el que ha tenido en cuenta el legislador especialmente al regular la donación.

En la misma línea, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, *Contratos en particular*, 2.ª ed., rev. Barcelona, 1982, pp. 72 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.ª ed., Madrid, 1992, pp. 336 y 337; LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., pp. 124 y ss.; ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, pp. 10 y ss.

VALLET DE GOYTISOLO, «¿Son posibles en el C.c. las donaciones promisorias?» en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 278 y ss., mantiene la opinión contraria. A su juicio la donación es siempre un negocio dispositivo afirmando que no puede existir una obligación de verificar una donación, una donación que se hace por obligación, dice, no es tal donación.

La jurisprudencia española no parece adoptar una línea uniforme a este respecto. En un primer momento se negó la posibilidad de donación obligacional (S. 6-6-08). Posteriormente parece considerar compatibles la donación dispositiva y la obligatoria (S. 7-12-48; 6-4-79). Aunque la Sentencia de 22 de junio de 1982 parece negar la eficacia de la donación obligatoria – donación promisorias – según los términos de dicha sentencia – en realidad su ineficacia se debió a la falta de la forma exigida «ad solemnitatem».

<sup>145</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pp. 10 y ss., sostiene que la donación es un contrato que precisa siempre de la tradición para tener eficacia real. Si la donación produce el efecto traslativo simultáneamente a su celebración es porque la tradición tiene lugar al mismo tiempo que el contrato,

que se realiza por escrito y sin entrega de la cosa? Según esta opinión, la donación de bienes muebles realizada en documento privado no tiene carácter traditorio sino meramente obligacional siendo precisa la entrega del objeto donado para que se produzca la efectiva transmisión de la propiedad<sup>146</sup>. Se ve así en el párrafo segundo del artículo 632 el reconocimiento legal de la donación obligatoria frente a la traslativa<sup>147</sup>.

Creemos sin embargo que, puesto que el artículo 609 C.c. no hace depender la adquisición de la propiedad de lo donado de que se realice su tradición, también la donación de bienes muebles celebrada por escrito puede tener carácter dispositivo<sup>148</sup>.

---

mediante el otorgamiento de escritura pública (art. 633 en relación al 1.462.2) o mediante la entrega manual (art. 632.1).

FERRANDIS VILELLA, «Donación traslativa...», cit., p. 345, señala que «si en el artículo 609 se alude a la donación sin mencionar el requisito complementario de la tradición, no es porque ésta quede dispensada, sino probablemente porque se la considera necesariamente embebida en la donación misma o incorporada a ella... Dicho en otros términos: para la donación, el artículo 609 no excluye la necesidad de tradición; lo que hace es silenciarla como elemento complementario o separado del contrato ya que normalmente forma parte del mismo».

También CALVO SORIANO, ob. cit., pp. 459 y ss., entiende que en la donación de inmuebles «la virtud traslativa se produce por la incorporación de la voluntad a una forma pública». «Aunque admitiéramos la inexcusabilidad del juego de la tradición, éste sería siempre un elemento formal del negocio, de carácter esencial y simultáneo, pues la escritura pública debe considerarse por declaración legal –art. 1.462– con virtualidad traditoria». Respecto de la donación de bienes muebles dice: «El artículo 632 admite, como la forma más corriente de donación en los muebles la entrega simultánea de la cosa donada». «La entrega de la cosa, unida a la voluntad, es incuestionable, sobre todo en los muebles, que opera la transmisión, luego el Código regula aquí la donación traslativa.»

<sup>146</sup> ALBALADEJO, loc. ult. cit., p. 11, afirma que la donación de cosa mueble hecha por escrito no transmite la propiedad del objeto donado: «sin duda habrá que tradirla –la cosa mueble– después, para transmitirla».

FERRANDIS VILELLA, «Donación traslativa...», p. 597, indica que «si la entrega de la cosa es indispensable para que exista donación traslativa, el documento escrito es indispensable para que exista contrato de donación» (contrato obligatorio, se entiende). Asimismo en *Notas al Derecho de obligaciones* de Enneccerus, vol. II, 1.ª parte, cit., p. 206.

CALVO SORIANO, ob. cit., p. 460, niega sin embargo que la donación de bienes muebles por escrito deba ser considerada necesariamente como obligatoria y estima que en este caso singular el documento privado debe considerarse como una manifestación de la «traditio per cartam» recogida en *Las Partidas*.

<sup>147</sup> Se admite en cualquier caso, que la donación de inmuebles, que ineludiblemente debe ser realizada en escritura pública so pena de nulidad, pueda configurarse, si tal es la voluntad de las partes, como contrato obligatorio.

<sup>148</sup> ALBALADEJO, «Comentario al artículo 609 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. VIII, vol. 1.º, Madrid, 1987, pp. 15 y ss., fundamenta su opinión sobre la falta de eficacia traditoria de la donación en los antecedentes históricos. Observa este autor que el artículo 606 del Anteproyecto de 1882-88 –precedente del artículo 609 C.c.– no aludía como el actual artículo 609 a la necesidad de tradición para la transmisión de los derechos reales mediante contrato porque dicha exigencia venía recogida en el artículo 1.112 para los contratos y en el artículo 632 para la donación. Según Albaladejo en el artículo 609 C.c. no se exigió la tradición cuando la transmisión se realizaba mediante donación porque tal exigencia se sobreentendía; sin embargo, como él mismo reconoce, el hecho de que el artículo 632 del Anteproyecto (que exigía la tradición para la transferencia de la propiedad al donatario cuando la donación tenía como objeto bienes muebles) fuese suprimido en la redacción definitiva del Código podría apoyar la opinión contraria.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Como dice MIQUEL, ante el texto del citado precepto parece bastante difícil mantener la necesidad de tradición para la transmisión de la propiedad por donación. El Código configura la donación como un negocio dispositivo y no productor de obligaciones: así lo demuestra el que se exija al donante poder de disposición (art. 624) se excluya la donación de bienes futuros (art. 635) y no exista responsabilidad por evicción (art. 638)<sup>149</sup>. La donación de bienes muebles efectuada en documento privado no se sustrae, sin embargo, a este régimen como sería lo lógico de considerarse por el legislador una donación obligacional. Pensamos por consiguiente que será la voluntad de las partes la que determine la configuración de la donación como negocio obligatorio —quedando vinculado el donante a la realización de la «traditio»— o como negocio dispositivo —debiendo entregar, en su caso, el donante, la mera posesión del objeto donado.

Ahora bien, si la donación típica, la que regula el Código, es la donación dispositiva, podría pensarse que la donación obligatoria es un acto de liberalidad atípico y que, por tanto, podría no estar sujeta a lo establecido en los artículos 632 y 633. De hecho hay quien entiende que la forma prescrita con carácter «ad solemnitatem» para la donación es aplicable únicamente a la traslativa perfeccionándose la donación obligatoria por el mero consentimiento y sin necesidad de observar ninguna forma específica<sup>150</sup>. A nuestro juicio esta opinión no es admisible. Hemos visto que las solemnidades de la donación no se consideran aplicables a aquellos negocios de los que resulta un acto de liberalidad pero que no pueden subsumirse en el esquema contractual que la ley califica como donación porque no son contratos, no son contratos gratuitos o tienen una función económica, tipificada por la ley, distinta a la del contrato de donación. La donación obligacional encaja, en nuestra opinión, en el concepto descrito en el artículo 618 C.c. (contrato gratuito cuya función es provocar el acrecentamiento patrimonial de otro sujeto disponiendo —ya sea actualmente, ya en un momento posterior— de una cosa en favor de éste). Su carácter obligatorio determinará la alteración del régimen jurídico aplicable al negocio en aquellos aspectos que resulten contradictorios con tal carácter<sup>151</sup> pero no en el concreto aspecto de la forma. Tanto si con la donación

<sup>149</sup> MIQUEL, «Comentario al artículo 609 del Código civil», en *Comentarios del Código civil* (Ministerio de Justicia) t. I, Madrid, 1991, p. 1545.

<sup>150</sup> SÁNCHEZ BLANCO, ob. cit., pp. 812 y 813.

GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, cit., pp. 626 y ss., estima que la forma de la donación es requerida para la producción del efecto traslativo y, en consecuencia, que la donación obligatoria es válida cualquiera que sea su forma de celebración.

<sup>151</sup> En la medida que el Código parte, al regular la donación, de su carácter traslativo, el régimen jurídico de la donación obligatoria no puede ser idéntico al de aquella. (En este sentido, MIQUEL, ob. cit., p. 1545.) Por ejemplo, la prohibición de donar bienes futuros tiene sentido cuando la donación es inmediatamente traditoria pero no si adopta estructura obligatoria. La doctrina admite la donación de bienes futuros interpretándose que lo que prohíbe el artículo 635 C.c. es la donación de todos los bienes futuros además de los presentes, pero no la de bienes futuros singularmente considerados (LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 135; ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 216 y ss.). Esta interpretación toma como

se transmite inmediatamente el objeto donado como si se asume la obligación de transmitirlo, las razones que justifican la exigencia de solemnidad son las mismas: el desequilibrio económico que supone para el donante la realización de una atribución patrimonial sin contraprestación. El desequilibrio patrimonial se produce tanto si la donación es traslativa como obligatoria pues con esta última no se hace sino diferir el momento de la atribución, debiendo tenerse en cuenta que, ya en el momento en que el donante asume la obligación de disponer gratuitamente de un derecho suyo en favor del donatario, puede apreciarse la disminución patrimonial que implica el aumento de su pasivo y el consiguiente incremento del patrimonio de este último a consecuencia del derecho de crédito obtenido. Por otra parte, como pone de relieve la doctrina alemana, cuando el donante se obliga a realizar el donativo en el futuro y no se desprende del bien en el momento actual, aumenta el peligro de que obre con ligereza y se hace más evidente la necesidad de imponer una forma solemne que proteja al donante contra la precipitación<sup>152</sup>, finalidad ésta que, como sabemos, es una de las que se predicen de la exigencia de solemnidad. En consecuencia, pensamos que, ya se estructure la donación como contrato obligatorio ya como contrato dispositivo, no es válida si no se ajusta a lo establecido en los artículos 632 y 633 C.c.

Conviene hacer notar, por otra parte, que se tiende a equiparar la donación obligatoria y la promesa de donación utilizándose esta última expresión para designar tanto el precontrato de donación como la donación obligatoria<sup>153</sup>. ALBALADEJO

---

punto de partida, obviamente, la admisibilidad de la donación obligacional puesto que la donación de un bien futuro ha de ser necesariamente obligatoria.

<sup>152</sup> KOLHOSSER, ob. cit., p. 552.

<sup>153</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, cit., pp. 76 y 77, al indicar que puede deducirse del artículo 632, 2, la admisibilidad de la donación obligatoria califica a ésta como promesa. Siguiendo a PÉREZ y ALGUER, dice que «la promesa gratuita y por escrito de cosa mueble, una vez aceptada, da lugar al perfeccionamiento de un contrato del que nace la obligación de cumplir la promesa pero que no implica negocio de disposición hasta la realización de la entrega».

También en relación a algunos preceptos del Código civil, como el artículo 1.363 (que alude a «cantidades donadas o prometidas»), se ha identificado la promesa de donación con la donación obligacional (vid. DÍAZ AMBRONA, «Promesa de donación en el Código civil», en *RGLJ*, mayo, 1985, n.º 5, pp. 730 y 731).

Asimismo, la jurisprudencia española tiene cierta predisposición a conceptuar como promesa de donación o «donación promisoria» el contrato por el que una de las partes se compromete a realizar a otra una atribución patrimonial gratuita (S. 6-6-08; 2-6-82).

Curiosamente, algunos autores extranjeros como BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN (ob. cit., n.º 1085, p. 505) al analizar el artículo 632 C.c. español ven en él dos tipos de donación: la donación acompañada por la entrega del objeto donado y la promesa de donación o «donación simplemente prometida».

BONFANTE, ob. cit., p. 424, al referirse a los distintos tipos de donación existentes en el Derecho romano clásico equipara también la donación obligatoria y la promesa hablando de «donación obligatoria o promesa de donar» frente a la donación real y la liberatoria.

Por último hay que recordar que en el Derecho alemán la figura de la promesa de donación no es sino una donación obligatoria, para cuya eficacia es precisa una determinada forma, en contraposición a la donación real que adopta la forma del negocio utilizado para la enajenación (HEDEMANN, ob. cit., p. 284).

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

advierde, en este sentido, que en nuestro Derecho se habla de promesa de donación en varios casos diferentes: además del de la donación ofrecida pero aún no aceptada, que no es sino una simple oferta de donación, se habla de promesa de donación, en la hipótesis de donación obligatoria, en la de precontrato de donación que sería propiamente la promesa de donación y, finalmente, en el caso de la declaración unilateral por la que una persona promete a otra donar algo<sup>154</sup>.

La promesa unilateral de donación plantea el problema de la eficacia vinculante de las declaraciones unilaterales de voluntad. Los casos en que la jurisprudencia ha admitido la eficacia obligatoria de la promesa unilateral lo ha hecho bien porque la denominada «promesa unilateral» era en realidad una declaración de reconocimiento de una relación jurídica preexistente, siendo ésta, y no la «promesa», la fuente de la obligación<sup>155</sup>, bien porque la promesa había sido aceptada —con lo que salimos del ámbito de las declaraciones unilaterales para adentrarnos en el de los contratos— y existía una causa justa. Fuera de estos supuestos el único caso en que suele admitirse la eficacia vinculante de la declaración unilateral es el de la promesa realizada «causa credendi» para recompensar una actividad o resultado que se espera —el supuesto típico es el de la promesa pública de recompensa—<sup>156</sup>. La promesa unilateral realizada «donandi causa», aun cuando haya sido aceptada, no puede considerarse vinculante dados «los estrictos condicionamientos a que nuestro ordenamiento somete la validez

<sup>154</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 21.

<sup>155</sup> Suele decirse que en ocasiones la promesa unilateral opera como reconocimiento, no de una relación jurídica previa, sino de una obligación moral, constituyendo la promesa el vehículo para transformar esa obligación natural en obligación civil y exigible jurídicamente. SALVADOR CODERCH, «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», en *RDP*, 1978, t. LXII, pp. 675 y ss., considera, sin embargo, discutible que pueda hablarse de novación de la obligación natural ya que entiende que ésta sólo cabe respecto de obligaciones jurídicas. Estima preferible considerar aplicables analógicamente a la obligación natural (situación de deber moral o social) las reglas previstas para las obligaciones claudicantes, esto es, las derivadas de negocios jurídicos anulables. Parte del hecho de que el sujeto que ostenta la acción de anulabilidad puede decidir sobre la subsistencia de la obligación del mismo modo que el sujeto sobre el que pesa un deber moral puede decidir acerca de su cumplimiento. El acto por el que una persona se compromete a no ejercitar la acción de anulabilidad (confirmación) es a su juicio análogo al acto por el que un sujeto se compromete a cumplir una obligación natural.

<sup>156</sup> Vid. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Estudios de Derecho privado*, I, 1.º, Madrid, 1948, pp. 199 y ss.; ALBALADEJO, «La jurisprudencia del T.S. sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *RDP*, 1977, t. LXI, pp. 1 y ss.; DÍEZ-PICAZO, «Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del T.S. (En torno a la S. 3-2-73)», en *ADC*, 1974, t. XXVII, pp. 456 y ss.; SALVADOR CODERCH, ob. cit., pp. 665-674; LALAGUNA, «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *Estudios de Derecho civil, obligaciones y contratos*, Madrid, 1978, pp. 53 y ss. Este autor sostiene, no obstante, que el reconocimiento de la eficacia vinculante de la declaración unilateral de voluntad puede sustentarse en el artículo 1.887 en tanto que se trata de un hecho lícito y voluntario de carácter no convencional.

y eficacia de las donaciones», validez y eficacia que «se vinculan con la forma o con la inmediata entrega de los bienes donados»<sup>157</sup>.

Por lo que respecta al precontrato o contrato preliminar de donación gran parte de la doctrina rechaza esta figura. Cuando el precontrato se configura como un contrato que obliga a la conclusión de un ulterior contrato como ocurre en el Derecho italiano, se opone a la admisibilidad del contrato preliminar de donación el hecho de que el contrato definitivo debe reunir los caracteres necesarios para que pueda ser calificado como tal. La espontaneidad de la atribución es consustancial al concepto de donación –suele definirse el ánimo de liberalidad como la conciencia de realizar una atribución patrimonial gratuita «nullo iure cogente», o sea, en ausencia de todo vínculo jurídico o extrajurídico que constriña a realizarla– por lo que la existencia de una obligación previa de emitir el consentimiento necesario para perfeccionar el contrato de donación excluye el carácter espontáneo que le es inherente y, por tanto, su calificación como donación. Así pues, se dice, una promesa de donación no es jurídicamente productiva de la obligación de celebrar un contrato de donación<sup>158</sup>.

Ahora bien, en nuestro Derecho la concepción dominante del precontrato es otra: el precontrato no obliga a la emisión de un posterior consentimiento contractual sino que faculta a las partes para exigir la puesta en vigor del proyectado contrato, y con ello, el cumplimiento de éste. Dice DE CASTRO que mediante el ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa se pide el cumplimiento del contrato prometido. No hay dos contratos, sino el desarrollo en dos momentos de una compleja relación contractual<sup>159</sup>. De acuerdo con ello del precontrato de donación derivaría la

<sup>157</sup> DÍEZ-PICAZO, «Las declaraciones unilaterales...», cit., p. 465. También vid. DÍAZ AMBRONA, ob. cit., pp. 704 y 705.

<sup>158</sup> Vid. DI LALLA, «Contratto preliminare di donazione», *Il foro italiano*, 1981, II, p. 1703; COLLURA, «In tema di contratto a favore di terzi e di promessa di donazione», *Giustizia civile*, 1982, p. 312.

ALABISO, *Il contratto preliminare*, Milano, 1966, pp. 159 y ss., objeta a esta tesis –que es la seguida por la jurisprudencia italiana– que la obligación de concluir la donación definitiva no obedece a ninguna norma legislativa o privada proveniente de terceros sino que proviene del ejercicio de la propia autonomía privada. «Se trata de una autolimitación negocial que no excluye el espíritu de liberalidad sino que solamente lo regula, así como viene regulado en la donación obligatoria.»

El que en el Derecho italiano se haya llegado a admitir –por algunos sectores doctrinales– la donación obligatoria frente a la donación de efectos reales (téngase en cuenta que en el Derecho italiano rige el sistema de transmisión consensual de derechos reales) no modifica la opinión antedicha puesto que en la donación obligatoria el donante se obliga a procurar al donatario la propiedad de la cosa «donada» –propiedad que adquiere el donatario sin necesidad de una ulterior manifestación de voluntad del donante, por ej. si la donación recaía sobre una cosa futura cuando ésta llega a existir– mientras que en el contrato preliminar de donación el donante debe emitir un posterior consentimiento contractual debiendo revestir éste el carácter de espontáneo. (Sobre el concepto de precontrato vigente en el Derecho italiano, vid. *infra*, cap. III, apart. V.)

<sup>159</sup> DE CASTRO, «La promesa de contrato», en *ADC*, 1950, pp. 1165 y ss., p. 1182. Vid. cap. III, apart. V.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

facultad de poner en vigor la relación jurídica proyectada, esto es, la posibilidad de exigir la ejecución de la donación prometida. Entendido así el precontrato de donación, su admisibilidad dependerá en buena medida de que se admita o no la donación obligatoria<sup>160</sup>.

Ahora bien, admitiéndose la donación obligacional el problema que plantea el precontrato de donación es, precisamente, el diferenciarlo del contrato obligatorio de donación. Observa DE CASTRO que la promesa (precontrato) de donación «significa donación de presente, pues mediante ella se ha entregado ya gratuitamente una facultad equivalente o idéntica a la de reclamar lo donado que se deriva de la donación»<sup>161</sup>. En realidad, como advierte ALBALADEJO, aunque desde un punto de vista teórico se admita el precontrato de donación, lo que no sea donación dispositiva será probablemente donación obligacional, siendo sumamente difícil en la práctica identificar con seguridad un negocio como precontrato de donación<sup>162 163</sup>.

Resulta pues comprensible que se denomine frecuentemente «promesa de donación» a la donación obligatoria. En un capítulo posterior se verá que cuando la ley regula un contrato como negocio dispositivo o en atención exclusivamente a su eficacia real se tiende a calificar como «promesa» al negocio obligatorio que precede al acto de disposición<sup>164</sup>. Aparentemente esta tendencia se ve corroborada en la hipótesis de la donación<sup>165</sup>.

---

<sup>160</sup> Si se niega que pueda existir una obligación de efectuar una donación tampoco podrá admitirse que mediante el ejercicio de la facultad de poner en vigor el contrato proyectado pueda pedirse la ejecución de la donación. Vid. DÍAZ-AMBRONA, ob. cit., pp. 704 y 705.

<sup>161</sup> DE CASTRO, «La promesa de contrato», cit., p. 1172; DíEZ-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., p. 313, dice que «la promesa bilateral, aceptada por el donatario, o es ya en sí misma una donación perfecta, o tampoco puede determinar en el futuro la obligación de realizar una donación... el consentimiento de donante y donatario incorporado a las formas previstas en los artículos 632 y 633 constituirá una donación perfecta, aunque su efecto traslativo quede diferido para un momento posterior».

<sup>162</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pp. 23 y 24.

<sup>163</sup> DÍAZ-AMBRONA, ob. cit., pp. 718 y ss., intenta diferenciar el precontrato de donación de la donación obligatoria e indica que, mientras en la donación obligatoria hay un negocio jurídico de donación formado y completo, sin que precise para su eficacia ningún ulterior desarrollo, el precontrato de donación sólo representa una primera fase del desarrollo negocial cuya finalidad es la consecución del negocio definitivo. Ahora bien, si la donación obligatoria y el precontrato de donación generan los mismos efectos: la posibilidad de exigir la ejecución de la donación proyectada, no vemos cómo puede decirse que en un caso el negocio precisa desarrollo (precontrato) y en otro no (donación obligatoria), ni cómo puede determinarse en la práctica cuándo se está ante uno u otro supuesto.

<sup>164</sup> *Infra*, capítulo III, apart. V.

<sup>165</sup> SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XI, vol. 2.º, revisado y puesto al día por Ortega Lorca, 5.ª ed., Madrid, 1943, pp. 760, 761, denota la influencia de tal orientación. Estima que el artículo 632 «ha generado una forma completamente exótica, cual la de la promesa de donación de cosa mueble, cuasi solemnizada por documento privado». Dicha promesa de donación, dice, genera «el derecho del donatario de exigir la entrega de la cosa mueble donada». Pero como para Scaevola, la esencia de la donación de cosas muebles reside en la entrega «que condensa en un solo acto la expresión del deseo liberal o de agradeci-

Ahora bien, la promesa de donación, tanto si se la considera promesa de contrato en sentido estricto como donación obligatoria, debe revestir la forma exigida en los artículos 632 y 633 C.c. En el primer caso porque, de acuerdo con la concepción del precontrato dominante en la actualidad, la promesa debe realizarse en la misma forma que el contrato proyectado cuando dicha forma es requisito «ad solemnitatem» del contrato definitivo<sup>166</sup>. En el segundo caso porque, como ya se ha indicado, las solemnidades de la donación se aplican independientemente de su carácter obligatorio o dispositivo ya que, de otro modo, no se llevaría a efecto la protección que pretenden dispensar.

### 3. La donación remuneratoria y la donación onerosa o modal

Queda por ver la aplicabilidad de los artículos 632 y 633 C.c. a las donaciones remuneratorias y onerosas o modales que, según el artículo 619, «también son donaciones».

En el Derecho italiano tales modalidades de donación están sujetas a la exigencia de escritura pública. En el Derecho francés sin embargo se tiene en cuenta si el servicio remunerado o la carga impuesta es o no estimable en dinero. Sólo en este último caso se le aplican las reglas de forma de la donación. En caso contrario, ya por considerarse el negocio oneroso –si la carga o el servicio remunerado es de valor superior al de lo donado–, ya por considerarse negocio mixto –si el valor es inferior– se eximen tales donaciones de las solemnidades prescritas en la ley.

En nuestro Derecho ha planteado enormes dificultades la interpretación del artículo 622 C.c. («las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto») por un lado, porque parece considerar que la donación en que se impone un gravamen al donatario es remuneratoria, cuando sería, en todo caso, onerosa o modal; por otro, porque, al establecer que las donaciones con causa onerosa se regirán por las reglas de los contratos, el artículo 622 resulta contradictorio con el 619 que dice que es «también donación» aquella en que se impone un gravamen al donatario. Esta última contradicción se resuelve en el sentido de que el primer inciso del artículo 622 se refiere a las donaciones en que el gravamen es de igual o superior valor que lo donado –caso en el cual el negocio no puede considerarse gratuito y por tanto es lógico que se rija por las reglas correspondientes a los contra-

---

miento, la aceptación por el beneficiado y la tradición que corona y consuma la relación jurídica» afirma que «llamar donación por escrito a lo que no pasa de la categoría de promesa o compromiso... parécenos equivocación manifiesta».

<sup>166</sup> DE CASTRO, «La promesa de contrato», cit., pp. 1175 y 1176.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

tos onerosos— mientras que el artículo 619 se refiere a las donaciones en que el gravamen es de inferior valor que lo donado que, por ello, se consideran verdaderas donaciones<sup>167</sup>.

¿Cuál es el régimen aplicable a las donaciones en que la carga impuesta al donatario es de menor valor que lo donado y a las remuneratorias? Si bien el artículo 622 ha suscitado muy diversas interpretaciones<sup>168</sup>, existen fundamentalmente dos opiniones en torno al régimen jurídico de las donaciones remuneratorias y modales:

— La que entiende que el artículo 622, inciso segundo, es aplicable tanto a las donaciones remuneratorias como a las onerosas siempre y cuando el valor del servicio remunerado o el de la carga impuesta al donatario no absorba el de la donación —ya que en la hipótesis contraria el negocio se considera oneroso (regla primera del artículo 622)—. En tal caso se rige el contrato —que se califica por lo general como contrato mixto— por las reglas de la donación en la parte que exceda lo donado del valor del servicio remunerado o de la carga impuesta, respectivamente, y por las reglas de los contratos onerosos en la cuantía concurrente<sup>169</sup>.

— La que estima que el artículo 622, en cuanto establece un régimen mixto, es aplicable a las donaciones onerosas pero no a las remuneratorias pues éstas se rigen siempre por la normativa de la donación<sup>170</sup>.

---

<sup>167</sup> FERRANDIS VILELLA, *Notas al Derecho de obligaciones* de Enneccerus, cit., p. 225; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., pp. 351 y 352.

<sup>168</sup> Por ejemplo, AMORÓS GOSÁLBEZ, «La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho», en *Conf. col. Notarial de Valencia*, 1945, pp. 200 y ss., estima que el artículo 622 trastoca los nombres y llama donaciones onerosas a las remuneratorias y viceversa, de manera que lo que pretendía decir era lo siguiente: «las donaciones remuneratorias se regirán por las reglas de los contratos y las onerosas por las reglas de la donación, en lo que excedan del gravamen impuesto».

LÓPEZ PALOP, «La donación remuneratoria y el artículo 622 del Código civil», en *AAMN*, 1959, t. III, p. 55, opina que los redactores del Anteproyecto, y posteriormente los del Código, usaron como sinónimos los términos donación onerosa y donación remuneratoria, probablemente influidos por la doctrina francesa que aplicaba el mismo régimen a uno y otro tipo de donación.

DE CASTRO, *El negocio jurídico*, pp. 268 y 269, piensa que el artículo 622 atiende a la donación que tiene por fin recompensar un servicio futuro y estima éste como una carga, gravamen o condición impulsiva.

<sup>169</sup> MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. V, 7.ª ed., correg. por Marín Pérez, Madrid, 1972, pp. 157 y ss.; ROCA SASTRE, «La donación remuneratoria», cit., p. 235; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. IV, *Derecho de obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias*, 13.ª ed., Madrid, 1986, pp. 262 y ss.; ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pp. 65 y ss.; DÍAZ ALABART, «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado», en *RDP*, 1980, pp. 1119 y ss.

Hay que señalar que si el servicio remunerado o el gravamen impuesto no son estimables en dinero no parece posible aplicar este régimen al negocio, debiendo sujetarse por completo a la normativa de la donación.

<sup>170</sup> SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XI, 2.º, cit., pp. 592 y ss.; LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., pp. 156 y ss.; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., pp. 351 y 352.

Pues bien, se adopte una u otra posición en relación al régimen jurídico de las donaciones onerosas y remuneratorias, en el aspecto concreto de la forma del negocio la solución no difiere mucho. La aplicación de un régimen mixto a la donación remuneratoria o modal presupone la escisión del negocio en una parte onerosa y otra gratuita. Esta solución se enfrenta, sin embargo, con un obstáculo insalvable: la existencia de elementos del negocio, como la forma o la capacidad, que son indivisibles. Respecto de tales elementos la descomposición del negocio no es posible, de ahí que, ante la posibilidad de aplicar la normativa de los contratos onerosos o la de la donación, se opte por elegir la más rigurosa, que, en materia de forma, es la concerniente a esta última<sup>171</sup>. En este sentido dice DÍAZ ALABART –tras indicar que considera incluidas en el ámbito del artículo 622 las donaciones remuneratorias– que el espíritu del precepto «parece que podrá ser referido a la regulación del fondo de la donación modal o remuneratoria... pero no a la regulación de la forma»<sup>172</sup>. La escisión del negocio en orden a la aplicación del régimen previsto en el artículo 622 sólo es posible respecto al alcance de determinados efectos (revocación, colación, etc.)<sup>173</sup>.

<sup>171</sup> Así lo entiende MANRESA, ob. cit., pp. 157 y 158, quien, tras afirmar que sólo en la parte que exceda lo donado del valor del servicio remunerado pueden aplicarse las reglas de la donación, señala que, como es imposible que un acto revista dos formas, las donaciones remuneratorias han de hacerse necesariamente en la forma prevista en los artículos 632 y 633.

CASTÁN, *Las particulares relaciones obligatorias*, cit., p. 267, estima que en orden a la capacidad, forma y, en general, cuando el desdoblamiento que propone el artículo 622 no sea posible, se aplicará a la donación onerosa y a la remuneratoria las reglas especiales de la donación.

LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., pp. 160 y ss., considera la donación onerosa como contrato mixto sometido hasta la concurrencia del gravamen a las reglas de los contratos onerosos y en cuanto al exceso a las de la donación. Sin embargo, dice que el matiz de onerosidad no le dispensa de las reglas de forma de la donación.

ALBALADEJO, «Comentario a los artículos 618-644 del Código civil» en *Comentarios del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 1583 y ss., estima que, aunque sea aplicable a las donaciones onerosas y remuneratorias este régimen mixto, en el extremo concreto de la forma del negocio deberá aplicarse la normativa que impone exigencias más rigurosas y, por tanto, la de la donación.

ROCA SASTRE, «La donación remuneratoria», cit., pp. 235 y ss., aunque es partidario de la aplicación de una doble normativa al negocio, en función de la parte onerosa y la gratuita, no se pronuncia sobre cómo ha de articularse tal solución cuando determinados elementos del negocio no admitan división.

Es de notar, por otra parte, que en el Derecho francés, ante la consideración de la donación modal como negocio mixto se opta por la solución contraria, eximirla de las reglas de la donación. Sólo LAURENT, ob. cit., p. 413, considera aplicables las solemnidades de la donación al ser la forma inescindible.

<sup>172</sup> DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 1120.

<sup>173</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 1994 declara nula una donación calificada como onerosa otorgada en documento privado (los promotores-constructores de un mercado cedieron gratuitamente al Ayuntamiento de Blanes la finca y dicho edificio. Los cedentes se reservaron la percepción del importe de la adjudicación de la explotación de los puestos del mercado, pero se estableció la reversibilidad obligatoria de los puestos a favor del Ayuntamiento a los cuarenta años). Afirma esta sentencia, en la que se considera probado que «el valor de lo donado era muy superior a la prestación que se reservaron los cedentes», que «a las donaciones onerosas o modales, en las condiciones como la de autos, se les aplica el régimen unitario propio de las donaciones, no obstante el confusionismo que parece crear el artícu-

De lo expuesto se desprende que el que a las donaciones modales en que la carga absorba el valor de lo donado les sea aplicable el principio de libertad de forma está fuera de dudas (art. 622.1). Respecto a las donaciones remuneratorias y onerosas en que el servicio remunerado o la carga impuesta es de menor valor que lo donado es indiferente que se adopte una o otra de las opiniones antedichas porque en cualquier caso se consideran sujetas a la solemnidad de la donación. La duda se plantea en cuanto al régimen aplicable a las donaciones remuneratorias en que el servicio que se pretende remunerar supera el valor de la donación ya que, según la primera de las posturas indicadas, esta donación debe tratarse como un negocio oneroso y, por tanto, regirá el principio de libertad de forma<sup>174</sup>.

En nuestra opinión en las donaciones remuneratorias no cabe hacer distinción alguna con base al valor del servicio que se intenta recompensar. El artículo 619 C.c. considera donaciones a las de carácter modal sólo cuando el valor de la carga o gravamen es inferior al de lo donado –en caso contrario se consideran negocios onerosos (art. 622.1)– sin embargo, no hace tal distinción respecto de las remuneratorias, por lo que hay que entender que se consideran siempre donaciones, también cuando el valor del servicio que se pretende remunerar supera el de lo donado. El régimen mixto que prevé el artículo 622 en su inciso segundo no es aplicable, a nuestro juicio, a las donaciones remuneratorias sino, únicamente, a las donaciones modales y en relación a éstas sólo en cuanto a las reglas de fondo de la donación, no en cuanto a las de forma. Así se desprende del propio artículo 633 que exige que en la escritura pública de donación se exprese «el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario» (*infra*, apart. V) lo que permite conocer hasta qué límite existe enriquecimiento para el donatario a efectos de la aplicación de la normativa sobre reducción, colación, etc.<sup>175</sup>.

Conviene recordar los antecedentes históricos de los artículos 619 y 622 C.c. En el Proyecto de 1851 no se establecía diferenciación alguna dentro de la categoría de las «donaciones a título oneroso» mencionada en el artículo 943<sup>176</sup> (precedente del

---

lo 622 C.c. y que ha sido superado jurisprudencialmente, al relacionarse dicho precepto con el 619, *que determina para su validez y eficacia el necesario otorgamiento de escritura pública*, conforme al artículo 633». FIORENSA I TOMAS, comenta esta sentencia en *CC/JC*, 1995, n.º 37, pp. 169 y ss.

En las Sentencias de 1 de diciembre de 1964, 27 de septiembre de 1989, 7 de mayo de 1993 y 3 de marzo de 1995 se afirma que tanto las donaciones onerosas como las remuneratorias están sujetas a la solemnidad legal.

<sup>174</sup> Así dice DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, p. 1120, que si el servicio remunerado vale tanto como el bien donado o más, al no haber exceso de valor al que hayan de aplicarse las reglas de la donación, la donación remuneratoria se regirá toda por las reglas de los contratos onerosos, entre ellas por las de libertad de forma, no siendo aplicable la necesidad de escritura pública.

<sup>175</sup> MANRESA, *ob. cit.*, p. 138; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, *cit.*, p. 86

<sup>176</sup> Decía el artículo 943 del Proyecto: «Las donaciones a título oneroso se regirán en todo caso como los contratos de igual clase; y las remuneratorias por las disposiciones del presente título, siempre que en la causa de remuneración concurren todas las cualidades requeridas en el artículo 997 y siguientes del título 5 de este libro, cuyas disposiciones se aplicarán en este caso.» (Vid. *supra*, apart. I, 3, B).

actual 622) según que el valor de la carga fuese mayor o menor que el de la donación. En ambos casos se les aplicaba (en cuanto al fondo del negocio no en cuanto a la forma, según GARCÍA GOYENA) las reglas de los contratos onerosos. Las donaciones remuneratorias se regían en todo caso por las reglas de la donación<sup>177</sup>. En el Anteproyecto, se introdujo el artículo 616 (actual art. 619) en el que se establecía que si en la donación modal se imponía una carga de menor valor que lo donado el negocio era una verdadera donación<sup>178</sup>. Ello implica que sólo si la carga impuesta excedía o equivalía a lo donado el negocio debía considerarse oneroso. Al examinar los antecedentes históricos de la regulación existente en el Código civil se indicó que la redacción del artículo 619 del Anteproyecto<sup>179</sup> –que pasa al Código, con ligeras variaciones, como artículo 622– sólo se explica entendiendo que la expresión «remuneratorias» en él contenida comprendía no sólo las donaciones remuneratorias en sentido estricto (aquellas que según el primer inciso del artículo 616 del Anteproyecto –actual artículo 619 C.c.– se hacían al donatario por sus méritos o por los servicios prestados al donante) sino también las donaciones modales cuando la carga era de menor valor que lo donado que, según el segundo inciso del artículo 616 del Anteproyecto –art. 619 C.c.– debían considerarse verdaderas donaciones y, por tanto, no podían incluirse en las donaciones a título oneroso a que se refería el artículo 619 para sujetarlas a las reglas de los contratos onerosos. Así entendido el precepto, la donación remuneratoria propiamente dicha –en la que no se impone ningún gravamen– habría de regirse por las reglas de la donación y la donación «remuneratoria» en que se impone al donatario una carga de menor valor que lo donado –en realidad, donación modal– se regiría igualmente por las reglas de la donación pero sólo en cuanto al exceso.

Pensamos que la duplicidad de regímenes que establece el artículo 622 C.c. es aplicable exclusivamente a la donación modal en que el gravamen es de inferior valor que lo donado, calificada, erróneamente, como remuneratoria. La donación remuneratoria siempre está sujeta a la normativa de la donación. Debe tenerse en cuenta que es presupuesto de la donación remuneratoria que se haga para recompensar servicios que no constituyen deudas exigibles (art. 619 C.c.), es decir, deudas que no había derecho a cobrar<sup>180</sup> lo que implica que la donación supone en su totalidad –y no sólo en cuanto

<sup>177</sup> Vid. *supra*, apart. I, 3, B.

<sup>178</sup> Artículo 616 del Anteproyecto: «Es también donación la que se hace al donatario por sus méritos o por los servicios prestados al donante, que no tengan la naturaleza de deudas exigibles; o aquella en que se le impone un gravamen inferior al valor de lo donado.» Vid. *supra*, apart., I, 3, C.

<sup>179</sup> Decía el artículo 619 del Anteproyecto: «Las donaciones a título oneroso se regirán en todo como los contratos de igual clase, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título, en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto.»

<sup>180</sup> La expresión «deudas exigibles» del artículo 619 se interpreta, no en el sentido de que se trate de servicios a los que no estaba obligado el donatario, sino en el sentido de servicios que no generan la obli-

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

supere el valor del servicio prestado— un enriquecimiento del donatario. En la medida que los servicios efectuados al donante no han debido generar un crédito exigible, el valor de los mismos no constituye un activo en el patrimonio del donatario al que pueda imputarse lo donado disminuyendo así el aumento patrimonial ocasionado por la donación<sup>181</sup>. En cambio, cuando la donación es onerosa o modal, la carga o el gravamen —salvo que no tenga contenido patrimonial— opera como límite económico de la atribución realizada por el donante por lo que no parece justo que, a efectos de colación, revocación, etc., de la donación modal, se tome en consideración un aumento patrimonial que en realidad el donatario no ha percibido<sup>182</sup>.

### V. EXAMEN DE LOS REQUISITOS DE FORMA EXIGIDOS EN LOS ARTÍCULOS 632 Y 633 DEL C.C. PARA LA DONACION

La donación de bienes muebles puede realizarse, según el artículo 632, verbalmente o por escrito. La donación verbal debe ir acompañada de la «entrega simultánea de la cosa donada». La referencia a la entrega simultánea significa que en el mismo acto ha de manifestarse la voluntad de donar y hacerse la entrega, aceptándola el donatario a título de donación<sup>183</sup>. Como dice MANRESA, la entrega de la cosa por el donante ha de ser simultánea al acto de donar<sup>184</sup>.

La llamada «donación manual» no se considera sin embargo una donación informal, es decir, con forma libre. La entrega opera como un subrogado del acto escrito, no es sino otra «forma» que sustituye a la forma escrita. La donación manual sigue siendo un contrato solemne consistiendo la solemnidad en la «entrega simultánea» del objeto donado sin la cual la donación no surte efecto<sup>185</sup>. Se dice, en este sentido, que la forma-

---

gación jurídica de retribuirlos para el donante. ROCA SASTRE, «La donación remuneratoria», cit., p. 228; MANRESA, ob. cit., pp. 136, 137; LÓPEZ PALOP, ob. cit., pp. 41 y 42; AMORÓS GOSÁLBEZ, ob. cit., p. 205; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 352.

<sup>181</sup> Observa ROCA SASTRE, «La donación remuneratoria», cit., p. 217, que cuando se dona para recompensar servicios prestados al donante, dado que la prestación gratuita de servicios no provoca empobrecimiento patrimonial (*supra*, apart. III, notas 101 y 102), no puede pensarse que la donación tenga como fin «indemnizar una pérdida sufrida». La donación remuneratoria determina, por tanto, en su totalidad, y con independencia del valor que pudiera tener el servicio remunerado, un enriquecimiento para el donatario.

<sup>182</sup> En este sentido se pronuncia la doctrina italiana que, a efectos de colación o reducción por inoficiosidad de la donación modal tiene en cuenta, no el objeto donado, sino la diferencia de valor entre éste y la carga impuesta al donatario. BALBI, ob. cit., pp. 69 y ss.; BIONDI, voz «Donazione», cit., p. 247.

<sup>183</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, cit., p. 85.

<sup>184</sup> MANRESA, ob. cit., p. 194.

<sup>185</sup> JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, pp. 147 y 148; CALVO SORIANO, ob. cit., p. 460; LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 136; ALBALADEJO, en

lidad de la tradición, del mismo modo que la forma solemne (escrita), muestra al donante la gravedad del acto, su carácter definitivo, induciéndole a la reflexión y protegiendo así su consentimiento<sup>186</sup>. La forma en la donación manual viene constituida pues por la realización simultánea de la entrega –acto dispositivo de transferencia– y la manifestación de voluntad de donar<sup>187</sup>.

Al constituir la entrega o tradición un elemento esencial del negocio, sin cuya realización la donación no tiene lugar –salvo que se efectúe por escrito–, se incluye la donación manual en la categoría de los contratos reales, aquellos que se perfeccionan por la entrega de la cosa<sup>188</sup>.

Se discute, por otra parte, si la entrega a que se refiere el artículo 632 ha de ser necesariamente material o si cabe una entrega ficticia. Para CALVO SORIANO la transmisión manual no es sustituible por otros procedimientos traditorios propios de las cosas muebles como «el simple acuerdo de los contratantes o la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallen almacenados o guardados» que se encuentran admitidos en el artículo 1.463 C.c.<sup>189</sup>.

ALBALADEJO, sin ser tan categórico, entiende que debe descartarse toda tradición en que la cosa donada quede realmente y sin solución de continuidad en poder del donante. No valdrá, por tanto, el «constitutum possessorium»<sup>190</sup>.

---

*Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 160, y *Comentarios del Código civil*, t. I, cit., p. 1603. En contra de la consideración de la entrega como forma de la donación manual, DE LOS MOZOS, «La forma del negocio jurídico», en *ADC*, 1968, n.º 2, p. 767.

En el Derecho italiano llegan a la conclusión de que la entrega, en la donación de bienes muebles, juega el mismo papel que la escritura pública en las restantes donaciones, MESSINEO, ob. cit., p. 27; GARDANI CONTURSI-LISI, ob. cit., p. 269.

<sup>186</sup> MEAU-LAUTOUR, ob. cit., p. 392.

<sup>187</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 163. Afirma MANRESA, ob. cit., p. 194, que la entrega debe hacerse al donatario, ya que la eficacia de la donación supone la aceptación del donatario, la cual se presume por el hecho de recibir la cosa donada.

<sup>188</sup> JORDANO BAREA, ob. cit., pp. 147 y ss., afirma que el carácter real de la donación tiene un claro fundamento positivo, la entrega es un requisito imprescindible de existencia jurídica de la modalidad de donación verbal. En el mismo sentido, DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 286 y 287; ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 162.

La opinión que incluye la donación manual entre los contratos reales está muy extendida en la doctrina extranjera, si bien los autores franceses observan que, a diferencia de otros contratos reales como la prenda, el préstamo o el depósito, la simple promesa de donación manual –sin forma pública– no obliga a quien la hace, es ineficaz. Así, BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1159, p. 535; JOSSE-RAND, ob. cit., n.º 1329, p. 758; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 598; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOSSOUARN, ob. cit., p. 505; RAYNAUD, ob. cit., pp. 387 y 388. En el Derecho italiano estiman que la donación manual es un contrato real, MESSINEO, ob. cit., p. 27; GALGANO, ob. cit., p. 849; BALBI, ob. cit., p. 34.

<sup>189</sup> CALVO SORIANO, ob. cit., p. 460.

<sup>190</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 165, también en *Comentario del Código civil*, t. I, cit., p. 1604. Lo mismo dicen PLANIOL y RIPERT-TRASBOT LOUSSOUARN, ob. cit., p. 502.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

¿Debe negarse también la posibilidad de tradición «brevi manu»? Para PUIG BRUTAU, en el caso en que la cosa objeto de la donación se halle ya previamente en poder del donatario, tal vez la manifestación de donar, sin forma escrita, podría ser suficiente, pues la entrega tiene por finalidad poner la cosa en poder del donatario y en esta hipótesis ya se halla en tal situación. La manifestación de donar iría acompañada, en tal caso, del efecto psicológico de efectiva privación, a diferencia de lo que sucede cuando la cosa mueble queda en poder del donante<sup>191</sup>.

Sin embargo, aun admitiendo que en el concepto de entrega simultánea del artículo 632 sea posible estimar incluida la «traditio brevi manu», opinamos, siguiendo a ALBALADEJO, que lo más conveniente al efecto de evitar la eventual nulidad de la donación es otorgar por escrito toda donación de bienes muebles en que exista la más pequeña duda de que la modalidad de entrega que se vaya a utilizar pueda ser considerada legalmente insuficiente<sup>192</sup>.

Ahora bien, aunque se niegue la posibilidad de efectuar la entrega mediante el «constitutum possessorium» y sea dudosa la validez de la tradición «brevi manu», ha de entenderse el concepto de tradición real, de acuerdo con la realidad actual, en sentido amplio, considerándose como tal el ingreso que el donante realice en una cuenta corriente del donatario o los donativos que efectúe mediante transferencias bancarias o giros<sup>193</sup>.

En cuanto al objeto de la donación manual, pueden donarse manualmente todos los bienes muebles, incluidos los derechos incorpóreos si son aptos para ser puestos en manos del donatario, pero no aquellos bienes o derechos cuya transmisión está sujeta a determinadas formalidades<sup>194</sup>.

Cuando la donación de bienes muebles no se realiza acompañada de la tradición del objeto donado ha de hacerse ineludiblemente por escrito, constando en dicha forma

---

<sup>191</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, cit., p. 85.

<sup>192</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 165, y en *Comentario del Código civil*, I, cit., p. 1604.

<sup>193</sup> Esta es la tendencia actual en el Derecho francés y alemán. Vid. PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOSSOUARN, ob. cit., p. 502; RAYNAUD, ob. cit., p. 389; KOLHOSSER, ob. cit., p. 559.

<sup>194</sup> Así ocurre con los buques y aeronaves cuya transmisión debe ser inscrita en el Registro mercantil siendo precisa para la práctica de la inscripción la constancia documental de la transmisión (el art. 573 C.com. dice expresamente que «la adquisición de un buque deberá constar en documento escrito»; cfr. arts. 145 y ss. y arts. 177 y ss. del C.com., y art. 8 del RRM). LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 136.

No cabe la donación manual de títulos transmisibles por endoso (sólo pueden donarse cumpliendo dicha formalidad) pero sí si se trata de títulos al portador. Tampoco parece que puedan donarse manualmente aquellos derechos incorpóreos como la propiedad intelectual o la propiedad industrial que deben ajustarse a una serie de formalidades en su transmisión. Vid. MANRESA, ob. cit., p. 195; ALBALADEJO, en *Comentario del Código civil*, t. I, cit., p. 1604. Este último señala que si la titulación del bien o derecho de que se trate o la constancia en ciertos registros tiene valor puramente administrativo, no afecta en absoluto a la validez de la donación manual hacerla prescindiendo por completo de ellas (por ejemplo, para donar un automóvil, basta hacerlo entregando el vehículo).

tanto la declaración del donante como la aceptación del donatario<sup>195</sup>. El que la donación haya de efectuarse por escrito implica que debe hacerse en documento privado suscrito por ambos contratantes, o bien, en dos documentos privados suscritos cada uno por cada contratante<sup>196</sup>, afirmando el Tribunal Supremo que no basta que de verdad se haya aceptado, aun expresamente, y que se pruebe que, en efecto, se aceptó, sino que es preciso que se demuestre que se aceptó por escrito<sup>197</sup>.

El que la aceptación deba constar por escrito impide dotar de eficacia a toda donación en que la aceptación se derive de comportamientos del donatario. A ello se refiere el Tribunal Supremo cuando, en ocasiones, ha exigido que la aceptación del donatario sea expresa. No se trata de que deba aceptarse en términos expresos la donación sino de rechazar que valgan como aceptación aquellas conductas del donatario de las que pueda inferirse tal voluntad, regla que es extensible, obviamente, a la donación de inmuebles. La aceptación puede ser, por tanto, expresa o tácita, pero ha de guardar la forma escrituraria necesaria para cada caso<sup>198</sup>.

En cuanto a los requisitos de forma prescritos en el artículo 633 para la donación de inmuebles, además de exigirse que la declaración del donante y la aceptación del donatario se efectúen en escritura pública, es indispensable que se expresen en la escritura los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.

Pese a que la individualización de los bienes donados no se exige en las donaciones de bienes muebles hechas por escrito, lo lógico es pensar, aunque el Código no lo diga expresamente, que también cuando recae sobre cosa mueble deben especificarse los objetos donados<sup>199</sup>.

<sup>195</sup> Señala JORDANO BAREA, ob. cit., p. 148, que la entrega de la cosa donada constituye un requisito formal «ad substantiam» que se inspira en exigencias de orden público. De ahí que sea «totalmente inadmisibles una donación puramente consensual y obligatoria de cosa mueble no estipulada por escrito».

<sup>196</sup> ALBALADEJO, *Comentarios del Código civil*, I, p. 1603.

<sup>197</sup> Vid. ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 170, y *Comentario del Código civil*, I, cit., p. 1605, quien cita las Sentencias de 6 de junio de 1908; 27 de junio de 1914; 22 de enero de 1931; 21 de noviembre de 1935; 11 de febrero de 1956.

<sup>198</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 187.

La Sentencia de 5 de noviembre de 1987 parece adoptar una postura más flexible a este respecto afirmando, respecto de la donación de un yate, que «se cumplen todos los (requisitos) mencionados en el artículo 632 C.c., tanto si entendemos que la donación fue simplemente verbal, toda vez que el yate no fue inmediatamente poseído por la donataria, como si se reputa que la donación fue escrita, ya que cabe atribuir tal valor a la inscripción del yate en el Registro de la propiedad mercantil, operándose en este caso la aceptación al consentir tal inscripción».

<sup>199</sup> La necesidad de individualizar los bienes donados se impuso por influencia de lo establecido en el Código francés (art. 948) aunque en éste se requiere únicamente para la donación de bienes muebles. El artículo 946 del Proyecto de Goyena exigió tal requisito, junto con la necesidad de escritura pública, para toda donación, y el artículo 628 del Anteproyecto circunscribió uno y otro a la donación de inmuebles. Tal exigencia tiene como fin proteger la irrevocabilidad de la donación y evitar que el donante entregue menos bienes o bienes distintos de los que inicialmente pensó (COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 575; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOSSOUARN, ob. cit., p. 474; RAYNAUD, ob. cit., p. 373) así como facilitar la



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

La referencia del artículo 633 a las «cargas que deba satisfacer el donatario» ha suscitado algunas dudas acerca de su interpretación. La Resolución de la DGR y N de 3 de diciembre de 1892 entendió que la expresión «cargas» se refería a gravámenes reales de la finca y no a cargas personales u obligaciones que pudiese asumir el donatario en una donación modal<sup>200</sup>. MANRESA y SCAEVOLA, partiendo de que la palabra «cargas» tiene por lo general un sentido amplio, englobando tanto los gravámenes reales como personales, consideran errónea tal interpretación. Por un lado, porque en toda escritura pública de transmisión de inmuebles es preciso que se hagan constar las cargas que sobre este inmueble recaigan, con lo cual, resulta inútil la disposición del artículo 633. Por otro, porque, si las «cargas» a que alude el citado precepto son cargas reales, es incorrecto decir que debe satisfacerlas el donatario<sup>201</sup>.

La doctrina más reciente estima que con tal expresión el artículo 633 se está refiriendo a las donaciones modales u onerosas<sup>202</sup>. Como hemos visto, tales donaciones están sujetas a la prescripción formal del artículo 633 siempre que la carga sea de menor valor que lo donado o no sea valuable económicamente. En tales casos para que la donación se ajuste a lo establecido en el artículo 633 han de hacerse constar en la escritura de donación los gravámenes impuestos al donatario. Aunque el Código no lo diga expresamente, es sensato pensar que en la donación de bienes muebles de carácter modal también deben hacerse constar por escrito las cargas impuestas al donatario,

---

determinación de los bienes, su naturaleza y su valor a efectos de reducción de la donación (TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 424). Pensamos por ello, con independencia de que, como dice ALBALADEJO (*Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 181), la individualización de los bienes donados, entendida en su sentido de determinación del objeto, es precisa para cualquier donación, que debe extenderse tal exigencia a la donación de bienes muebles.

MANRESA, ob. cit., p. 196, estima que «por analogía a lo dispuesto en el artículo 633 deben determinarse los objetos donados».

SCAEVOLA, ob. cit., p. 765, señala que «si la donación es de dinero, preciso es decir la suma que se dona, y en este caso ya queda la donación determinada por su especie y calidad. Si la donación se contrae a un objeto mueble, de igual manera hay que expresar cuál es dicho objeto, o por lo menos, su calidad, si existiesen varios de la misma especie».

<sup>200</sup> Se basaba la resolución, entre otras razones, en el hecho de que, en el Proyecto de 1851, el artículo 946 requería que se expresaran en la escritura «las cargas y deudas impuestas al donatario» por lo que, al suprimirse la palabra «deudas», interpretó la DGR y N, que se quiso excluir la necesidad de que constara en la escritura pública el valor de las obligaciones personales del deudor. A tal razonamiento se ha objetado que la supresión de la palabra «deudas» se puede interpretar de igual modo como propósito de refundir en un mismo vocablo las dos acepciones –cargas reales y personales– de que es susceptible. Cfr. SCAEVOLA, ob. cit., p. 774; MANRESA, ob. cit., p. 190.

<sup>201</sup> SCAEVOLA, ob. cit., pp. 773 y ss.; MANRESA, ob. cit., pp. 189 y 190.

<sup>202</sup> GULLÓN, *Curso de Derecho civil*, cit., p. 77; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, cit., p. 86; ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 183, y en *Comentario del Código civil*, I.ª, cit., p. 1607. Contra, DURÁN RIVACOBÁ, *Donación de inmuebles, Forma y simulación*, Pamplona, 1995, pp. 57, 58 y 157, quien opina que las cargas a que alude el artículo 633 C.c. «se refieren, por exclusión, a las jurídico-reales que puedan pesar sobre su objeto».

especialmente si se tiene en cuenta que ello permite dar a conocer el límite del enriquecimiento del donatario<sup>203</sup>.

Si no se expresan las cargas impuestas al donatario en la forma exigida legalmente parece que debe considerarse la donación como pura pues, siendo la forma «ad solemnitatem», la carga o gravamen que no se impone con sujeción a dicha forma no puede tener validez<sup>204</sup>. En efecto, al ser la escritura pública —y el documento privado en la donación de bienes muebles— forma solemne de la donación, todo el contenido negocial debe constar en dicha forma<sup>205</sup> de manera que los pactos añadidos a la donación —por ej., pacto de reversión, reserva de la facultad de disponer, etc.— no son válidos si no respetan la exigencia formal<sup>206</sup>. Ahora bien, aunque se estime que la regla general ha de ser la nulidad parcial —y no total— del negocio, dicha regla está supeditada a que no se demuestre que las partes no hubiesen querido el negocio sin la parte nula. En este caso el negocio será enteramente nulo. Por tanto la donación será totalmente ineficaz si se prueba que el donante no la hubiera realizado sin la carga impuesta al donatario, sin el pacto de reversión<sup>207</sup> o sin cualquier otro pacto que no sea válido a consecuencia de la falta de forma.

El artículo 633, en su párrafo segundo, prevé la posibilidad de que la aceptación se haga en escritura separada, en cuyo caso «deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante y se anotará esta diligencia en ambas escrituras». Este precepto se refiere a la falta de aceptación indicando que si la donación no se acepta durante la vida del donante «no surtirá efecto» (la aceptación), no llegando, por tanto, a perfeccionarse la donación.

Es obvio que si la donación no se acepta es nula —o más exactamente, no llega a existir— pues así se deduce de los artículos 629 y 630. Ahora bien, ¿qué efectos produce la falta de notificación? Esta cuestión habrá que resolverla en función de la

<sup>203</sup> MANRESA, ob. cit., pp. 138 y 196; SCAEVOLA, ob. cit., p. 776.

<sup>204</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 183, y en *Comentario del Código civil*, I, cit., p. 1606.

<sup>205</sup> TORRENTE, ob. cit., p. 426.

<sup>206</sup> Así lo afirma la Sentencia de 14 de mayo de 1987, referente a una donación de inmuebles con pacto de reversión verbal: «en la donación de bienes inmuebles el requisito fundamental de su otorgamiento en escritura pública se convierte en un elemento esencial del contrato por imperativo del artículo 633 C.c., requisito formal que abarca todo el contenido negocial, incluido, en su caso, el pacto de reversión que, como una cláusula más del contrato, está sometido a las mismas exigencias solemnes». Declara en consecuencia que no son admisibles «en el ámbito de la donación de bienes inmuebles los pactos de reversión verbales o en documento privados previos o simultáneos a la donación, ni los posteriores al contrato lucrativo convenidos en dicha forma privada».

<sup>207</sup> ALBALADEJO («La nulidad de la donación con cláusula de reversión a favor del donante, si ésta no guarda la debida forma solemne», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Guadalajara, 1989, pp. 1 y ss.) observa que en el supuesto de pacto de reversión no formal lo normal será la nulidad de la entera donación ya que no es presumible que el donante hubiese querido hacerla sin el pacto de reversión.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

opinión que se adopte en torno al momento en que se perfecciona la donación en relación con los artículos 623 y 629 C.c.. Si se estima que la donación se perfecciona, de acuerdo con el artículo 623, cuando el donante conoce la aceptación del donatario, la falta de notificación impide que llegue a existir la donación. Si por el contrario se estima que el criterio correcto es el establecido en el artículo 629, la donación se perfeccionará por la aceptación, independientemente de que se practique la notificación<sup>208</sup>.

Si se acoge la tesis de LALAGUNA que estima que el artículo 629 se refiere al momento de perfección de la donación y el artículo 623 al momento en que se hace irrevocable<sup>209</sup>, la notificación de la aceptación es necesaria, únicamente, para que el donante no pueda revocar la donación, existiendo ya ésta como contrato válido y eficaz desde que el donatario la acepta.

Desde nuestro punto de vista la solución adecuada es, siguiendo la tesis de GULLÓN<sup>210</sup>, la siguiente: como regla, la donación se perfecciona por la aceptación

---

<sup>208</sup> No existe una opinión unánime en la doctrina acerca de cuál es el momento en que se perfecciona la donación. Entre las diversas interpretaciones, CALVO SORIANO, ob. cit., p. 462, piensa que «la buena doctrina» la sienta el artículo 629, representando el artículo 623 una anomalía. CASTÁN, *Las particulares relaciones obligatorias*, cit., pp. 242 y 243, parece inclinarse también por la predominancia del artículo 629 por entender que «en la práctica el artículo 623 puede dar lugar a soluciones un tanto arbitrarias».

SÁNCHEZ BLANCO, ob. cit., p. 815, apunta como solución de la antinomia existente entre los artículos 623 y 629, que el primero es aplicable a la donación obligacional y el segundo a la traslativa. PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, cit., pp. 92, 93, es partidario del criterio preconizado por Sánchez Blanco.

<sup>209</sup> LALAGUNA, ob. cit., pp. 279 y ss., toma como base de su interpretación los antecedentes históricos de ambos preceptos. El artículo 623 procede del artículo 945 del Proyecto de 1851 que rezaba: «La donación queda irrevocable desde que el donatario la acepta y se pone la aceptación en conocimiento del donador.» Dicho precepto pasó prácticamente inalterado al Anteproyecto como artículo 620. Además en el Anteproyecto se incorporó un nuevo precepto, el artículo 626, equivalente al actual 629. En la segunda edición del Código se modificó la redacción del originario artículo 623 —art. 620 en el Anteproyecto y 945 en el Proyecto de Goyena— sustituyendo la mención a la irrevocabilidad de la donación por la de «perfección». Lalaguna entiende, a la vista de ello, que si en el Proyecto la donación existe y es irrevocable desde que el donante conoce la aceptación del donatario, al introducirse en el Anteproyecto el artículo 626, posterior artículo 629 del Código, se abre la posibilidad de que se produzcan sucesivamente la «perfección genética» de la donación —el artículo 629 marca el momento de perfección de la donación y el punto de partida de sus efectos que coincide con el de la aceptación— y la «perfección definitiva» —el artículo 623 marca el momento de su irrevocabilidad: cuando el donante conoce dicha aceptación—.

La tesis de Lalaguna es la que consideran más acertada ALBALADEJO (*Comentarios al Código civil*, VIII, 2.º, cit., pp. 86 y ss.) y LACRUZ (*Contratos en particular*, cit., pp. 140 y 141).

<sup>210</sup> GULLÓN, *Curso de Derecho civil*, cit., pp. 76 a 78, estima que el artículo 623 se refiere al supuesto en que la aceptación de la donación se hace con posterioridad a la declaración del donante y el 629 al supuesto en que tiene lugar en el mismo acto que ésta. También, Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, II, cit., p. 397. Estos autores señalan, no obstante, que si la donación se acepta pero el donante muere antes de que llegue a su conocimiento, queda entonces perfecta desde la aceptación. Este es el sentido que debe darse al artículo 633.2 al exigir que la aceptación de la donación de un inmueble hecha en escritura separada se realice en vida del donante.

SCAEVOLA, ob. cit., p. 717, es de la misma opinión respecto al tema de la perfección de la donación.

del donatario –art. 629–, pero en aquellos casos en que la aceptación se verifique con posterioridad a la declaración del donante y éste no esté presente en el momento de su manifestación –supuesto previsto en el artículo 633.2– no se perfecciona hasta que el donante conozca la existencia de la misma –art. 623–, debiendo realizarse la notificación de la aceptación en forma auténtica cuando la donación es de inmuebles –art. 633.3.

La tesis de GULLÓN nos parece la más acorde con los antecedentes de los artículos 623 y 629 ya que ambos proceden del artículo 932 francés (que, tras indicar que la donación se perfecciona por la aceptación, matiza que en caso de que ésta se realice en escritura separada debe notificarse al donante su realización) si bien el artículo 629 tomó la regla general y el artículo 623 la regla especial, para el supuesto en que la aceptación se hace con posterioridad a la declaración del donante<sup>211</sup>. La tesis de LALAGUNA en torno al artículo 623 sólo puede ser aplicable, en cualquier caso,

<sup>211</sup> El artículo 623 C.c. –art. 620 en el Anteproyecto– procede del artículo 945 del Proyecto de 1851 (transcrito en nota 209). Este tenía como fuente, según indica GARCÍA GOYENA, ob. cit., pp. 290 y 291, el artículo 932 francés, concretamente su segundo párrafo: «La aceptación podrá hacerse en vida del donante, por un documento posterior y auténtico del que se conservará escritura matriz, pero entonces la donación no surtirá efecto, con respecto del donante, sino desde el día en que se le haya notificado el documento que acredite aquella aceptación». GARCÍA GOYENA, en su comentario al artículo 945, tras señalar que la donación no es perfecta hasta que la haya aceptado el donatario, momento en que deviene irrevocable, especifica que cuando la aceptación del donatario se hace en escritura separada, «como la donación no puede ser perfecta hasta que el donador quede obligado irrevocablemente», la aceptación del donatario no puede producir efectos «sino desde el día en que se hizo saber en forma auténtica al donador». La razón de que en el artículo 945 se estableciera que la donación devenía irrevocable cuando el donante conociera la aceptación del donatario sin especificar –como hacía el precepto francés– que tal regla se refería al supuesto en que la aceptación fuese posterior a la declaración del donante –ya que en el supuesto en que se hiciera en el mismo acto la donación se perfeccionaba y era irrevocable con la aceptación– se encuentra, según GARCÍA GOYENA, en que tal especificación se había «trasladado» al artículo 947 del Proyecto que preveía, para el caso en que la aceptación no se hiciera en la misma escritura de donación, que debía hacerse en forma auténtica (los párrafos segundo y tercero del artículo 633 C.c. provienen precisamente del artículo 947 del Proyecto de Goyena).

Así pues, de acuerdo con sus antecedentes históricos, el artículo 623 C.c. –620 en el Anteproyecto– al establecer que la donación se perfecciona cuando el donante conoce la aceptación del donatario, presupone que la declaración del donante y la aceptación no se hacen con unidad de acto.

Por lo que respecta al artículo 629 C.c., fue incluido como artículo 626 en el Anteproyecto –ambos son idénticos– y procedía del artículo 1.057 italiano (cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ob. cit., p. 179) que, a su vez, era una copia del artículo 932 francés. El precepto italiano decía así: «La donación no obliga al donante ni produce efecto, sino desde el día en que se acepta. La aceptación puede hacerse en el mismo documento o en otra escritura pública posterior, pero antes de que muera el donante, mas en este último caso la donación no tiene efecto sino desde el día en que se notifique al donante la escritura de aceptación.»

Puede deducirse fácilmente que el artículo 626 del Anteproyecto –629 C.c.– incorporó el primer inciso del precepto italiano que sentaba la regla general de perfección de la donación por la aceptación del donante, omitiendo la segunda porque se encontraba ya contenida en el artículo 620 del Anteproyecto (art. 623 C.c.) que recogía lo establecido en el artículo 945 del Proyecto.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

—como él mismo reconoce— al supuesto en que el donante ignora la existencia de la aceptación, lo que implica, lógicamente, que se refiere a la hipótesis en que ésta no se realiza en el mismo acto que la donación<sup>212</sup>.

En consecuencia, opinamos que, tanto en la donación de bienes inmuebles como en la de bienes muebles —realizada por escrito—, cuando la aceptación se verifica con posterioridad a la declaración del donante, es indispensable poner en conocimiento de éste la aceptación del donatario para que se perfeccione la donación<sup>213</sup>. Pero, si con base al artículo 623 la donación se perfecciona cualquiera que sea el modo en que el donante conozca la aceptación del donatario, el artículo 633.2 exige, cuando se trata de donación de inmuebles, que la notificación de la aceptación se haga en «forma auténtica».

La «autenticidad» de la notificación se considera que hace referencia a la intervención de un funcionario revestido de la fe pública, sea ésta judicial o extrajudicial<sup>214</sup>. De los antecedentes del artículo 633 del Código se deduce, sin embargo, que la expresión «forma auténtica» quiere decir lo mismo que «escritura pública»<sup>215</sup>. Como se indi-

<sup>212</sup> LALAGUNA, ob. cit., pp. 293 y ss.

<sup>213</sup> El artículo 932 del Código civil francés dice que la donación no producirá efecto «con respecto del donante (“a l’égard du donateur”) más que desde el día en que el acto que constate esta aceptación le haya sido notificado». La jurisprudencia francesa, interpretando literalmente estas palabras, ha venido manteniendo que aunque la donación no es eficaz frente al donante hasta la notificación, antes de ésta y desde la aceptación, el donatario está vinculado. Ello le permite afirmar que si el donatario muere o deviene incapaz entre el momento de la aceptación y la notificación, la donación, una vez que tenga lugar esta última, es plenamente eficaz. Esta opinión jurisprudencial ha sido tradicionalmente criticada por la doctrina que considera insostenible el que un contrato puede considerarse eficaz sólo respecto de uno de los contratantes. Además plantea un problema insoluble en el supuesto en que el donatario que haya aceptado la donación realice actos de disposición sobre los bienes donados —v. gr. constituya una hipoteca— y el donante, antes de tener noticias de la aceptación, revoque la donación. En estos casos la jurisprudencia suele pronunciarse a favor del donante y declara inexistente la donación pero, como es obvio, esta conclusión es incongruente con la afirmación de que la donación es eficaz respecto del donatario desde la aceptación. (BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.125 y ss., pp. 518-520; JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.305, pp. 744 y 745; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOSSOUARN, ob. cit., pp. 487 y 488; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 422; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 668).

<sup>214</sup> Así lo estima SCAEVOLA, ob. cit., pp. 780 y ss., quien entiende que la «autenticidad» no se restringe a la notificación hecha por notario sino que el interesado puede solicitar al Juzgado que lleve a efecto una notificación, solicitud que, dada la libertad de tramitación de los actos de jurisdicción voluntaria, puede considerarse incluida dentro de ellos.

Asimismo MANRESA, ob. cit., p. 191, señala que «auténtico» es «lo que hace fe por sí mismo». No basta por tanto, enterar verbalmente al donante ni aún por carta. En opinión de MANRESA la notificación debe hacerse, a falta de normas específicas, en el modo previsto en el R.H. para notificar al deudor la cesión del crédito hipotecario. (Si bien MANRESA se remite a los artículos 192 y 193 del R.H., tal remisión habría que entenderla hecha en la actualidad al artículo 242 R.H. en relación al 222 del mismo reglamento).

<sup>215</sup> Recuérdese que GARCÍA GOYENA (ob. cit., p. 293) en su comentario al artículo 947 del Proyecto, que establecía igual exigencia que el precepto vigente, decía que «la aceptación y su notificación al donador deben ser igualmente ciertas, y constar en la misma forma auténtica que la donación» y que en el Código francés, en el cual se inspiran la mayoría de los preceptos que comentamos, el concepto de acto auténtico equivale al de acto publico (*supra*, nota 27).

có anteriormente, en el Derecho francés la jurisprudencia estima que la notificación puede hacerse en cualquier forma. No parece posible llegar a la misma conclusión en nuestro Ordenamiento, ya que, mientras que el artículo 932 C.c. francés no prevé la forma en que ha de efectuarse la notificación, el artículo 633 de nuestro Código la regula expresamente, haciéndose eco, probablemente, de la opinión de alguno de los primeros comentaristas del Código francés<sup>216</sup>. La omisión de la anotación en las escrituras de haberse practicado la notificación (art. 633 «in fine») no parece, sin embargo, que pueda afectar a la validez y plena eficacia de la donación<sup>217</sup>.

Finalmente, hay que señalar que, como la escritura pública es forma «ad solemnitatem» de la donación, otorgada ésta, la donación se habrá celebrado válidamente, por lo que si desaparece con posterioridad la donación sigue siendo válida, siempre y cuando sea posible probar que realmente se donó con sujeción a dicha forma. Lo mismo cabe decir del documento privado en la donación de bienes muebles<sup>218</sup>.

## VI. LA EJECUCIÓN DE LA DONACIÓN NULA POR DEFECTO DE FORMA

Pese a que la confirmación sólo es posible respecto de negocios anulables, en el Código francés y en el italiano se admite la posibilidad de «confirmar» la donación nula por los herederos del donante. El artículo 1.340 del Código de Napoleón dispone: «la confirmación (“confirmation”), ratificación (“ratification”) o ejecución voluntaria de una donación por los herederos o los que traen causa del donante, después de su muerte, comporta la renuncia a oponer, ya sea los vicios de forma, ya sea cualquier otra excepción»<sup>219</sup>. El Código civil italiano de 1865 contenía, en su artículo 1.311, la misma regla haciéndola extensiva a las disposiciones testamentarias nulas<sup>220</sup>. El artícu-

<sup>216</sup> *Supra*, apart. II, 1.

<sup>217</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 192. Señala este autor que la falta de anotación obligará a resarcir los perjuicios que puedan ocasionarse, si por la razón que sea da lugar a alguno. Y, de cualquier modo, siempre es posible a los interesados urgir que se practique la anotación que aún no se hubiese hecho.

<sup>218</sup> ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 175.

<sup>219</sup> En el Derecho francés la confirmación ha sido considerada tradicionalmente como una renuncia a demandar la anulación de un acto. Con la evolución doctrinal se ha propuesto otra concepción de la confirmación, como reparación de los vicios existentes en la manifestación de voluntad. En la actualidad se distingue la confirmación «stricto sensu» –renuncia a la acción de nulidad– y la confirmación en cuanto reparación de la irregularidad de un acto que se denomina «regularización». Vid. GHESTIN, *Traité de Droit civil, Les obligations, Le contrat: formation*, 2.ª ed., París, 1988, pp. 947 y ss.

<sup>220</sup> El artículo 1.311 del Código italiano de 1865 decía: «La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria de una donación o disposición testamentaria por parte de los herederos o quienes traen causa del donante o testador, después de la muerte de éste, conlleva la renuncia a oponer los vicios de forma y cualquier otra excepción.»

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

lo 799 C.c. italiano actual establece: «La nulidad de la donación, cualquiera que sea su causa, no puede ser hecha valer por los herederos o por quienes traen causa del donante que, conociendo la causa de nulidad, después de la muerte de éste, han confirmado (“confermato”) la donación o le han dado voluntaria ejecución»<sup>221</sup>.

Aunque la posibilidad de confirmar la donación nula no se limita al supuesto en que la misma se deba a defectos formales, aquí hacemos referencia únicamente a esta última hipótesis. En primer lugar, hay que observar que la ejecución voluntaria de la donación es una modalidad de la confirmación tácita<sup>222</sup>. Tanto si la confirmación se realiza expresa como tácitamente es necesario que el sujeto confirmante actúe con conocimiento de la causa de nulidad. Aunque el precepto francés no lo exige expresamente como el artículo 799 del Código italiano ello se deduce de la aplicación de las reglas generales de la confirmación<sup>223</sup>. Concebida en el Derecho francés la confirmación como una renuncia a la acción de nulidad, cuando se aplica a la donación nula se dice que tiene efecto relativo, es decir, no afecta a los coherederos que no hayan ejecutado ni confirmado la donación<sup>224</sup>, que no pierden la posibilidad de impugnar el contrato. Lo mismo sucede en el Derecho italiano<sup>225</sup>. La confirmación tiene efectos retroactivos<sup>226</sup> y es oponible a los acreedores del donante. No obstante, si se realiza con el

---

<sup>221</sup> En relación a las disposiciones testamentarias establece el artículo 590: «La nulidad de las disposiciones testamentarias, cualquiera que sea su causa, no puede ser hecha valer por aquellos que, conociendo la causa de la nulidad, después de la muerte del testador, han confirmado la disposición o dado a ésta voluntaria ejecución.»

<sup>222</sup> DURANTON, ob. cit., n.º 388, p. 339; JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.311, p. 747; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 584; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., p. 47. Entre los autores italianos, GARDANI CONTURSI-LISI, ob. cit., p. 460 y TORRENTE, ob. cit., pp. 543 y 544.

<sup>223</sup> MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 669. En efecto, del artículo 1.388 del Código francés deduce la doctrina y la jurisprudencia que para que la confirmación sea eficaz es preciso que se actúe con conocimiento del vicio y con intención de repararlo. No obstante esta última intención se presume cuando se ejecuta el acto con conocimiento de la causa de nulidad (GHESTIN, ob. cit., pp. 964, 965).

<sup>224</sup> MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 669. En relación a la confirmación en general, señala GHESTIN, ob. cit., p. 971, que el negocio sólo deviene inatacable si el sujeto que lo confirma es el único titular de la acción de impugnación.

<sup>225</sup> Así ocurre cuando la confirmación se refiere a un contrato anulable. Si están legitimadas para la interposición de la acción de anulabilidad varias personas, la declaración de confirmación que no provenga de todos será inidónea para confirmar el contrato (GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., p. 322).

CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 344, se plantea si existe verdadera convalidación cuando los herederos confirman o ejecutan la donación o el testamento nulo ya que para que se dé aquélla todos los eventuales interesados deberían confirmar el negocio. Estima este autor que la confirmación de la donación o el testamento nulo supone únicamente la renuncia a la acción de nulidad y la consiguiente imposibilidad de invocarla en cuanto se está vinculado a la propia declaración. No obstante, estima que tras la confirmación no debe admitirse la posibilidad de que el juez aprecie de oficio la confirmación.

<sup>226</sup> Dice GHESTIN, ob. cit., p. 972 que ello ha de entenderse en el sentido de que la confirmación impide al confirmante atacar los efectos del negocio, sean posteriores o anteriores al acto confirmativo. En el mismo sentido dice STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. y notas de Santos Briz, Madrid, 1959,

objeto de defraudar los derechos de los acreedores éstos pueden ejercitar la acción pauliana que tendrá como objeto, no la donación –que en tanto donación nula no les producía ningún perjuicio– sino el acto de confirmación<sup>227</sup>.

Tanto la disposición del Código francés como la del Código italiano han sido objeto de abundantes críticas, pues suponen una derogación a la regla de «insanabilidad» del negocio nulo. En la doctrina francesa e italiana se han propugnado diversas teorías para explicar tales disposiciones. Entre ellas cabe destacar las siguientes:

- A la muerte del donante se produce una mutación de la nulidad absoluta que deviene una simple nulidad relativa a disposición de los herederos.
- El respeto debido por los herederos a la voluntad del difunto unido al hecho de que el donante no haya impugnado en vida la donación determina la existencia de una obligación moral de éstos de ejecutar la donación.
- La confirmación de la donación nula es un especial negocio integrativo que viene a completar un supuesto de hecho incompleto<sup>228</sup>.

En la actualidad parece que la opinión predominante ve el fundamento de la posibilidad de confirmar o convalidar la donación nula por defecto de forma en el hecho de que la protección que dispensan las reglas de forma se establece fundamentalmente en beneficio de los herederos del donante, pudiendo éstos renunciar a las precauciones prescritas en la ley. Se dice que la regla de la «no sanabilidad» de la nulidad no excluye que en supuestos excepcionales y por motivos de política legislativa ésta pueda convalidarse, de ahí que cuando la nulidad se establece en protección de los intereses de determinados sujetos sea admisible que los beneficiados por la misma puedan renunciar a ella<sup>229</sup>. Ello explica que no se admita la posibilidad de que el donante confirme la donación nula por defecto de forma. Como la solemnidad de la donación, según se piensa en el Derecho francés e italiano, no está prescrita únicamente en su beneficio, no puede renunciar a la acción de nulidad. Ahora bien, los autores franceses advierten que la ejecución de la donación por el donante, si bien no tiene eficacia

---

p. 105, que la confirmación «se limita a eliminar la posibilidad de que tales efectos puedan ser desconocidos o destruidos mediante instancia judicial: por esto no debe hablarse de retroactividad en sentido técnico, sino simplemente de renuncia a la acción.»

<sup>227</sup> MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 669; TORRENTE, ob. cit., p. 547.

<sup>228</sup> Vid. TORRENTE, ob. cit., pp. 528 y 529, quien hace una relación de las distintas posturas existentes en la doctrina italiana. En el Derecho francés, vid. PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUS-SOUARN, ob. cit., p. 471; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., pp. 668 y 669.

CLAVERÍA, en su artículo «La sanatoria excepcional de disposiciones testamentarias nulas», en *RD*, 1977, t. LXI, pp. 635 y ss., hace un examen más detenido de las distintas concepciones doctrinales existentes en Francia e Italia en torno a este tema.

<sup>229</sup> MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 669; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 584; STOLFI, ob. cit., p. 220; TORRENTE, ob. cit., p. 531; GARDANI CONTURSI-LISI, ob. cit., pp. 452 y 453.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

como confirmación, puede ser considerada, cuando tiene por objeto bienes muebles, como donación manual. Se trataría entonces de un nuevo negocio que se repite, no de la confirmación del anterior<sup>230</sup>.

Por lo que respecta al Derecho alemán, en él, como ya se indicó, se admite la posibilidad de «convalidar» algunos negocios nulos por defecto de forma mediante su ejecución<sup>231</sup>. El parágrafo 518.2 prevé, concretamente, que la falta de forma de la promesa de donación puede ser subsanada o convalidada («geheilt») por la realización de la prestación prometida<sup>232</sup>. Conviene hacer notar que aquí, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho francés e italiano, es el donante mismo quien tiene posibilidad de «convalidar» la donación nula. Ello se debe a la diferente función que en el Ordenamiento alemán se asigna a la forma de la promesa de donación pues, como se indicó, se piensa que sólo tiene como fin proteger al donante contra la precipitación. La convalidación tiene lugar tanto si se ejecuta la donación con conocimiento de su nulidad como si se hace sin conocimiento de la necesidad de forma y de las consecuencias jurídicas que se derivan de su inobservancia<sup>233</sup>. En cualquier caso, es preciso que la realización de la prestación prometida sea completamente voluntaria (no tiene eficacia convalidatoria la ejecución nacida de coacción o la efectuada a cambio de compensación) y que la prestación realizada coincida con la que fue objeto de la promesa de donación<sup>234</sup>. La convali-

---

<sup>230</sup> DURANTON, ob. cit., p. 340; JOSSERAND, ob. cit., p. 747. La validez de la entrega de los bienes objeto de la donación como donación manual la supeditan algunos autores a que no se demuestre que el donante realizó la tradición de los mismos en cumplimiento del contrato de donación nulo que él creía eficaz. Si el donante realizó la entrega con voluntad de donar —no en cumplimiento de la donación anterior— se hace una liberalidad válida. Así, BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., pp. 510 y 511; DEMOLOMBE, ob. cit., pp. 70 y 71.

<sup>231</sup> *Supra*, cap. I, apart. II, 3. Al usar el término «convalidar» no pretendemos prejuzgar la naturaleza jurídica de este fenómeno que, como veremos, es bastante controvertida. Nos limitamos a emplearlo porque es la traducción habitual de la expresión alemana.

<sup>232</sup> El parágrafo 2.301 impone la aplicación de las normas relativas a las disposiciones testamentarias a la promesa de donación que se otorga bajo la condición de que el donatario sobreviva al donante, pero si el donante ejecuta la donación declara aplicables las disposiciones sobre donaciones «inter vivos». Por tanto, el defecto de forma se subsana de acuerdo con lo previsto en el parágrafo 518.

<sup>233</sup> KOLHOSSER, ob. cit., p. 556; REUSS, ob. cit., p. 592.

<sup>234</sup> Se estima por eso que una promesa de donación nula no puede ser convalidada mediante un reconocimiento de deuda realizado por el donante porque ello no equivale a la ejecución de la prestación prometida. cfr. FÖRSCHLER, «Comentario al parágrafo 125», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, t. I, *Allgemeiner Teil*, München, 1978, p. 730. En semejante sentido. REINICKE, «Die Bewirkung der schenkweise versprochenen Leistung», en *NJW*, 1970, p. 1449.

Si la promesa de donación recaía sobre un bien mueble o un título valor se entiende ejecutada cuando uno u otro se entregan efectivamente al donante, no obstante, se admite también la entrega ficticia en la modalidad prevista en los parágrafos 930 y 931. Cabe la posibilidad de ejecutar la donación, si tenía carácter pecuniario, mediante un ingreso en la cuenta corriente del donatario estimándose efectuada la donación desde el momento del ingreso. Lo mismo vale para las transferencias o giros (REUSS, ob. cit., p. 594; KOLHOSSER, ob. cit., p. 559).

Si la promesa de donación recaía sobre una finca, opina REUSS (ob. cit., p. 594) que es necesaria, al menos, la realización de la «Auflassung».

dación del negocio nulo por defecto de forma no tiene, en general, eficacia retroactiva<sup>235</sup>.

En la dogmática alemana se discute la naturaleza jurídica de la denominada «Heilung». Como dice HÄSEMEYER, «hasta hoy no se ha aclarado cómo puede ser incluida de un modo razonable en la doctrina del negocio jurídico la posibilidad de subsanar el defecto de forma por el cumplimiento del negocio»<sup>236</sup>.

La jurisprudencia ha considerado en algún caso la figura de la «Heilung» como una modalidad de la confirmación («Bestätigung») estimando, por aplicación del párrafo 141, que el acto de cumplimiento del negocio equivale a una nueva celebración o «ejecución renovada» («erneute vornahme») del mismo<sup>237</sup>. También, desde otro punto de vista, se ha mantenido la tesis de que la no repetibilidad del pago de una deuda no válida a causa del defecto de forma del negocio que la origina se debe a la subsistencia de una obligación natural<sup>238</sup>. Por otra parte, suele decirse que la justificación del mantenimiento del negocio nulo tras su ejecución se encuentra en que mediante el cumplimiento del negocio se alcanza igualmente la finalidad (protección contra la precipitación) perseguida por la prescripción formal. Se dice, incluso, que la ejecución del negocio opera como subrogado de la forma o «forma sustitutiva» («formersetzung») <sup>239</sup>.

<sup>235</sup> Cfr. VON THUR, *Derecho civil*, II, vol. 2.º, *Los hechos jurídicos, el negocio jurídico*, trad. Argentina, Buenos Aires, 1947, p. 184; FÖRSCHLER, ob. cit., p. 730.

<sup>236</sup> HÄSEMEYER, ob. cit., p. 88.

Como es evidente, la necesidad de encontrar una explicación al fenómeno de la convalidación del negocio mediante su cumplimiento viene dada porque, aunque en el Derecho alemán la validez del acto de transmisión no depende de la existencia o validez del negocio obligatorio causal, la realización de cualquier atribución patrimonial carente de causa (como es la que se realiza en cumplimiento de un negocio obligatorio nulo) desencadena el juego de la normativa sobre enriquecimiento injusto. Como regla, el que ejecuta una prestación en virtud de un negocio nulo tiene una «pretensión de enriquecimiento» («Bereicherungsanspruch») con base al párrafo 812.

<sup>237</sup> El párrafo 141 dispone: «Si un negocio jurídico nulo es confirmado por aquel que lo ha celebrado, ha de considerarse la confirmación como celebración renovada». La jurisprudencia estima también aplicable el párrafo segundo del citado precepto que establece que cuando las partes confirman un contrato, en la duda, «están obligadas a procurarse mutuamente lo que tendrían si el contrato hubiera sido válido desde el principio». Vid. VON THUR, ob. cit., p. 184; HÄSEMEYER, ob. cit., p. 92.

La tesis de la confirmación tiene el obstáculo de que ésta sólo procede cuando se cumplen dos presupuestos: repetición del negocio en la forma negocial correcta, cosa que obviamente no se da cuando el negocio se ejecuta (salvo que se entienda, por ej., en el caso previsto en el párrafo 313, que la forma del contrato real de transmisión de una finca —«Auflassung»— es equivalente a la forma del negocio obligatorio. Vid. OERTMANN, «Heilung der Formgültigkeit nach p. 313,2 B.G.B.», en *ZBIFG*, 16, pp. 591, 592) y que exista voluntad de confirmar el negocio, lo que presupone, obviamente, conocimiento de su irregularidad. Por el contrario, la convalidación opera aun cuando se ejecute el negocio sin conocimiento de su nulidad. HÄSEMEYER, ob. cit., p. 93.

<sup>238</sup> Así, LORENZ, «Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiges Schuldverträge», en *AcP*, 156, 1957, pp. 381 y ss.

<sup>239</sup> REINICKE, «Die Bewirkung...» cit., p. 1448; LARENZ, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7.ª ed., München, 1989, p. 413.

Frente a estas opiniones, HÄSEMEYER propone otra concepción de la figura que analizamos. Para este autor, el contrato obligacional, nulo a consecuencia de la omisión de la forma prescrita, es ineficaz en cuanto negocio generador de obligaciones («*Verpflichtungsgeschäft*») pero puede ser eficaz como lo que él denomina «acuerdo causal» o «acuerdo básico» («*Rechtsgrundabrede*»). La virtualidad de este «acuerdo causal» no es otra que operar como «título de adquirir» («*Erwerbstitel*»), es decir, como causa de la atribución, excluyendo el juego de las normas sobre enriquecimiento injusto. El negocio nulo, en su limitada condición de acuerdo causal, sirve de apoyo a la realización de la atribución patrimonial: por ejemplo, en el caso de ejecución de la promesa de donación no formal, el mantenimiento de la donación no se debe a que la promesa adquiera validez, sino a que ésta se apoya en el acuerdo causal<sup>240</sup>.

En el Derecho español no hay base legal para sustentar la posibilidad de confirmar o convalidar la donación nula por defecto de forma mediante su ejecución<sup>241</sup>. El artículo 1.187 del Proyecto de 1851, que preveía expresamente la extinción de la acción de nulidad si se ejecutaba voluntariamente el negocio nulo por defecto de forma no pasó al C.c.<sup>242</sup>. Es importante señalar, sin embargo, que algunos autores consideran

---

HELDRICH, «*Die Form des Vertrages*», cit., pp. 99 y 100, desarrolla esta idea y estima que cuando los contratantes voluntariamente cumplen el contrato se obtienen todos los eventuales objetivos que, en su opinión, puede perseguir una prescripción formal: la claridad y conclusión en el contenido del negocio están presentes cuando éste se ha desarrollado por completo. El objetivo de protección contra la precipitación se consigue cuando las partes realizan sus prestaciones, entonces es evidente para ellos la importancia y trascendencia del negocio. La finalidad probatoria no se consigue plenamente, pero después del desarrollo del negocio disminuye el interés en la prueba. La finalidad de permitir la cognoscibilidad del negocio por los terceros —especialmente en cuanto se trate de un negocio obligacional— carece de sentido tras el cumplimiento total del mismo. Finalmente, en relación con la finalidad de dar lugar al asesoramiento de las partes por una autoridad competente, indica que cabe pensar que las partes se han aconsejado de que podrían concluir el negocio nulo en otra forma.

Vid. también, HÄSEMEYER, ob. cit., pp. 101 y ss.

<sup>240</sup> HÄSEMEYER, ob. cit., pp. 241 y ss. Indica este autor que, según la concepción general, en la donación manual, aunque no exista un negocio obligatorio previo, el acuerdo sobre la gratuidad de la donación es un acuerdo causal cuyo significado se agota en el establecimiento de una causa que justifica la realización del donativo. Entre la atribución patrimonial derivada de una promesa de donación no formal y la realización de una donación manual, dice HÄSEMEYER, no hay diferencia. Aquella puede mantenerse como donación manual acompañada del previo acuerdo causal que en este caso viene constituido, no por el mero acuerdo sobre la gratuidad, sino por la promesa de donación nula.

No lejos de esta concepción podríamos situar a VON THUR, ob. cit., pp. 185 y 186, quién dice: «Es cierto que el negocio susceptible de convalidación no produce obligaciones; sin embargo, puede constituir la razón justificativa (causa) de una prestación. Prácticamente, por su resultado, equivale a la obligación natural, distinguiéndose por la configuración jurídica que eligió la ley: la obligación natural es una obligación sin crédito; en el negocio que adolece de un vicio de forma, por de pronto, no existe ningún crédito; en virtud del cumplimiento nace el crédito, pero sirve únicamente para justificar la prestación efectuada, sin que origine una pretensión».

<sup>241</sup> En este sentido, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 341.

<sup>242</sup> El artículo 1.187.3 del Proyecto decía: «la ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma o solemnidad en cualquier tiempo que se haga, extingue la acción de nulidad; salvo los casos en que la ley especialmente dispone lo contrario».

aplicable la que se ha dado en llamar «sanatoria excepcional del testamento nulo» a las donaciones que adolecen de defectos formales. Como es sabido, el Tribunal Supremo ha venido declarando reiteradamente, en relación al testamento defectuoso formalmente, que no puede invocar su nulidad quien ha prestado su conformidad al mismo o lo ha ejecutado, ni tampoco los que traigan causa de él<sup>243</sup>. La doctrina ha observado que, aunque en algunas de sus sentencias el Tribunal Supremo haya invocado la prohibición de «venire contra factum proprium» para justificar la imposibilidad de atacar el testamento nulo, la pérdida de la facultad de invocar la nulidad del testamento por los herederos o legatarios que lo han ejecutado o reconocido no se debe a la aplicación de la doctrina de los propios actos<sup>244</sup>, sino a que tal comportamiento es considerado por el Tribunal Supremo como una declaración tácita, manifestativa de la voluntad de renunciar a la acción de nulidad o confirmar el negocio<sup>245</sup>, debiendo tenerse en cuenta que los herederos o legatarios que no hayan ejecutado o reconocido la disposición testamentaria nula no pierden la facultad de impugnarla<sup>246</sup>. La renuncia a la acción de nulidad se considera admisible en la medida que los requisitos formales de los testamentos se establecen para la protección de intereses particulares<sup>247</sup>. Dado que las solemnidades de la donación están prescritas para la protección de determinados sujetos, se afirma, igualmente, que los favorecidos por ellas pueden renunciar a invocar la nulidad de la donación no formal<sup>248</sup>.

<sup>243</sup> Vid. CLAVERÍA, La «sanatoria excepcional de disposiciones testamentarias nulas en Derecho español», cit., pp. 626 y ss., quien cita las Sentencias de 8 de noviembre de 1895; 26 de noviembre de 1901; 28 de febrero de 1906; 28 de febrero de 1908; 13 de marzo de 1916; 31 de diciembre de 1931; 15 de marzo de 1951; 20 de noviembre de 1962; 14 de junio de 1963.

<sup>244</sup> Si la imposibilidad de impugnar el testamento nulo por defecto de forma se debiera a la aplicación de la doctrina de los propios actos no sería necesario que aquellos que lo ejecutan o dan su aquiescencia al mismo lo hicieran con conocimiento de su nulidad (vid. Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963, pp. 209-212). Sin embargo, en las hipótesis en que se niega la posibilidad de impugnar el testamento ejecutado voluntariamente el Tribunal Supremo parte de que se ha actuado con conocimiento de su irregularidad.

<sup>245</sup> GULLÓN, «La confirmación», en *ADC*, 1960, t. XIII, pp. 1205, 1206, indica que la imposibilidad de atacar el testamento nulo se debe a la existencia de una voluntad de confirmación por parte de los herederos o legatarios. Ahora bien, este autor configura la confirmación como una «pura y simple renuncia a la acción de nulidad» por lo que la solución no difiere de la adoptada por Clavería.

<sup>246</sup> CLAVERÍA, ob. cit., p. 647. GULLÓN, ob. cit., p. 1209, dice que si son varios los sujetos que pueden actuar con la acción de nulidad y sólo algunos confirman el testamento, «se producirá una convalidación, pero limitada objetivamente por el número de sujetos confirmantes... la fracción de la disposición testamentaria confirmanda se determina en función de la relación entre el número de confirmantes y el número de legitimados para la confirmación».

<sup>247</sup> GULLÓN, ob. cit., p. 1205; CLAVERÍA, ob. cit., pp. 644 y 647.

<sup>248</sup> CLAVERÍA, ob. cit., p. 648; DELGADO ECHEVERRÍA, «Comentario a los artículos 1.300-1.314», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XVII, vol. 2.º, Madrid, 1981, p. 330, dice que si la nulidad absoluta está encaminada a proteger intereses particulares, como en los casos de negocios nulos por defecto de forma, no debería haber obstáculo a la renuncia de la acción para hacerla valer al no contrariar tal renuncia el interés ni el orden público ni perjudicar a terceros (art. 6,2 C.c.). En el mismo sentido se

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

En nuestro Derecho se afirma que los sujetos en cuyo favor se establecen las solemnidades de la donación son el donante, sus herederos forzosos y sus acreedores. Partiendo de esta premisa habría que preguntarse si pueden todos ellos renunciar a la acción de nulidad, pues, como hemos visto en el Derecho francés e italiano no se admite la posibilidad de que el donante confirme la donación nula. En nuestra opinión, de ser cierto que la forma de la donación se impone en beneficio tanto del donante como de sus acreedores y legitimarios, no habría obstáculo en admitir la renuncia de cualquiera de ellos a la acción de nulidad de la donación no formal siempre que dicha renuncia no fuese oponible a los restantes sujetos favorecidos por la exigencia de forma, que no perderían, por tanto, la facultad de impugnar la donación nula (art. 6.2 C.c.)<sup>249</sup>. Ahora bien, hay que advertir que, aunque tanto la doctrina como la jurisprudencia viene manteniendo que una de las finalidades de la forma en la donación es la protección de terceros, el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de donaciones de inmuebles disimuladas bajo forma de compraventa hace dudar de que esta última finalidad sea realmente relevante<sup>250</sup>.

En cualquier caso, lo que sí parece claro es que la renuncia del donante a la acción de nulidad de la donación no formal es eficaz frente a los herederos voluntarios de éste, que le suceden en su personalidad. Este parece ser el argumento que subyace en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1968, que niega legitimación a la hermana del causante para impugnar una donación realizada por éste bajo la apariencia de un contrato de compraventa que se otorgó en documento privado<sup>251</sup> —lo que

---

pronuncia en *Elementos de Derecho civil, II, Teoría general del contrato*, cit., p. 39, indicando que debiera revisarse el supuesto de nulidad por defecto de forma admitiéndose la renuncia a la acción de nulidad.

SERRANO ALONSO, *La confirmación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1976, pp. 71 y ss., considera que la confirmación —que, según este autor, no equivale a la renuncia a la acción de nulidad, ya que la indicada renuncia es, a su juicio, un efecto de la confirmación que define como «un acto jurídico o declaración de voluntad negocial... encaminado a sanar un negocio preexistente»— es aplicable tanto en el campo de los negocios jurídicos anulables como en el de los negocios nulos, siempre que no sean «inexistentes» esto es, siempre que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261 del C.c. —consentimiento, objeto y causa— pues así se deduce del artículo 1.310. Por ello, y en la medida que la forma no está comprendida en el artículo 1.261, considera confirmables los negocios nulos por defecto de forma (aunque luego —p. 88— afirma que la nulidad sanable es de cualquier tipo) y, concretamente la donación inválida por incumplimiento de los artículos 632 y 633 C.c.

<sup>249</sup> Aun cuando los legitimarios y los acreedores poseen sus propios medios de defensa contra la donación en el supuesto de que ésta lesione sus derechos (acción de reducción, acción pauliana), si se piensa que la finalidad de la forma respecto de estos sujetos es proveer una prueba segura de la realización y del montante de la donación a efectos de las citadas acciones, parece claro que la renuncia a la acción de nulidad les perjudicaría si fuese oponible frente a ellos. Téngase en cuenta que la falta de forma puede dificultar el ejercicio de la acción de reducción o de la pauliana si no se sabe a cuanto asciende la cuantía de lo donado, y ello con independencia del posible transcurso de los plazos de ejercicio de tales acciones si los terceros desconocen que se llevó a cabo la donación.

<sup>250</sup> Vid. *infra*, apart. VII.

<sup>251</sup> El causante había dispuesto en su testamento que una determinada finca debía pasar, a la muerte de su esposa, a la que instituyó heredera de la misma con prohibición de disponer, a propiedad de la acto-

implicaría la nulidad del negocio encubierto por no reunir los requisitos necesarios para su validez (art. 1.276, en relación al 633 C.c.)<sup>252</sup>—, ya que, aunque recoge la opinión jurisprudencial que niega legitimación al heredero voluntario para impugnar los actos realizados simuladamente por el causante —salvo que se trate de simulación absoluta— lo que, en cualquier caso, no les impediría la impugnación del negocio encubierto si adoleciera de nulidad radical<sup>253</sup>, afirma que «en la cláusula quinta (del testamento) el causante prohibió a sus familiares impugnar dicho contrato (el de donación disfrazada) bajo pena de excluirlos de la herencia, con lo cual exteriorizó su manifestación de voluntad que, aunque carezca de virtualidad para revocar el testamento, expresa claramente la de *renunciar a las acciones impugnatorias del contrato, renuncia que es vinculante para quienes traigan causa del contratante*».

En cuanto a la forma de manifestar la voluntad de renuncia —independientemente de quién sea el renunciante— pensamos que la mera declaración de renuncia a la acción de nulidad no es relevante jurídicamente, salvo que se lleve a cabo en la forma requerida para la donación<sup>254</sup>. En otro caso será necesario un comportamiento concluyente, como es la ejecución de la donación, que demuestre de una voluntad definitiva y suficientemente meditada de mantener la subsistencia del negocio pese a ser éste ineficaz.

Con independencia de lo expuesto, cabe preguntarse si la ejecución de la donación nula por parte del donante o sus herederos, cuando no pueda considerarse tal comportamiento como demostrativo de la voluntad de renunciar a la acción de nulidad —si se actuó ignorando la irregularidad del negocio—, puede impedir el posterior ejercicio de la acción con base a la prohibición de venir contra los propios actos<sup>255</sup>. Hay quien estima que la doctrina de los propios actos es aplicable cuando se presta asentimiento o se da ejecución a un negocio ineficaz, pero sólo si éste no adolece de nulidad absoluta y radical, negando por ello su aplicación al supuesto que comentamos<sup>256</sup>.

---

ra y, en su defecto, a sus hijos. Sin embargo, tal finca fue vendida en documento privado por el testador y su esposa a los padres de la ahijada del testador, que actuaron en representación de ésta. La actora solicitó la declaración de la inexistencia de tal contrato de compraventa por simulación. El juzgado consideró probado que existía simulación relativa encubriendo el indicado contrato una donación y admitió la excepción de falta de acción opuesta por los demandados. La Audiencia revocó dicha sentencia declarando que el contrato de compraventa era ineficaz y que, por tanto, la propiedad de la finca debía pasar a la actora. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo dio lugar al mismo.

<sup>252</sup> Véase el apartado siguiente.

<sup>253</sup> Véase crítica a la opinión jurisprudencial antedicha en el apartado siguiente.

<sup>254</sup> O, como en el supuesto de la sentencia citada en el texto, testamentariamente.

<sup>255</sup> CLAVERÍA, «La sanatoria...», cit., p. 648, sostiene tal solución en relación al testamento nulo. ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pp. 200 y 201, afirma que puede impedirse a aquellas personas que han dado por buena la donación nula o le han prestado su aquiescencia atacarla con posterioridad porque con ello irían contra sus propios actos.

<sup>256</sup> ATAZ, «Comentario a la Sentencia de 23 de mayo de 1987», en *CCJC*, 1987, n.º 14, p. 4659. Lo mismo dice en «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones», en *Estudios de Derecho civil en homenaje a Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 136 y ss.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que cuando se cumple voluntariamente un negocio nulo, la conducta que no puede contradecirse no es la celebración del negocio, sino su posterior ejecución. «Factum proprium» no es el negocio nulo, sino la conducta posterior al mismo, objetivamente contraria a la impugnación<sup>257</sup>. La doctrina admite en general la posibilidad de enervar la acción de nulidad fundada en un defecto formal cuando el ejercicio de dicha acción contradice el sentido anterior de los propios actos y, concretamente, cuando el negocio ha sido cumplido voluntariamente, en cuyo caso se dice que el «accipiens» puede rehusar la devolución de lo cumplido voluntariamente<sup>258</sup>. En nuestra opinión, si el fundamento de la doctrina de los propios actos se encuentra en la necesidad de proteger la confianza que la propia conducta ha podido suscitar en terceros, debe rechazarse la pretensión contradictoria, siempre que, de acuerdo con criterios objetivos, haya nacido la confianza protegida y sea exigible, conforme a la buena fe, un comportamiento coherente<sup>259</sup>.

<sup>257</sup> DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, cit., p. 203; ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., p. 201.

<sup>258</sup> DÍEZ-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., p. 264; MIQUEL, «Comentario al artículo 7,1 C.c.», en *Comentario del Código civil*, (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 54, 55.

<sup>259</sup> DÍEZ-PICAZO, *La doctrina...*, cit., p. 167, pp. 211, 216; MIQUEL, ob. cit., p. 51; BORDA, *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires, 1987, pp. 68, 69.

No nos parece acertado, por ello, el criterio de la reciente Sentencia de 3 de marzo de 1995, que afirma que «no puede mantenerse que la doctrina de los actos propios permita amparar al donatario de donación nula frente al donante que la ratifica o cumple de modo voluntario y después acciona pidiendo su nulidad».

El supuesto de hecho de esta sentencia era el siguiente: una pareja de convivientes «more uxorio» regularon sus relaciones, a su separación, mediante un documento privado, de fecha 1 de noviembre de 1974, en el que se estipulaba, entre otras cosas, que el varón —Sr. T.— donaba la nuda propiedad de un chalé al hijo nacido de la indicada unión y «cedía a perpetuidad» el usufructo del mismo a la madre de éste, estableciéndose que a tal efecto «el Sr. T. otorgará escritura pública en el plazo de seis meses a contar de la fecha».

El Sr. T. no llevó a cabo el otorgamiento de escritura pública, no obstante lo cual, desde 1974 a 1989 su ex compañera y su hijo vinieron haciendo uso del chalé en cuestión, de conformidad con lo acordado. El 15 de diciembre de 1989 el Sr. T. demandó a aquélla solicitando, entre otras peticiones, la nulidad radical del documento de 1 de noviembre de 1974 y exigiendo la restitución del chalé y de las rentas y frutos relativos a éste desde el 1 de noviembre de 1974.

El Juzgado decretó la nulidad de la donación de la nuda propiedad, pero declaró la validez y eficacia del documento privado en cuanto a la cesión del derecho de usufructo, condenando al demandante a elevarlo a escritura pública. La sentencia fue confirmada en apelación. El Tribunal Supremo casó la sentencia recurrida por el demandante, considerando también nula la donación del derecho real de usufructo (aunque no condenó a la demandada a la restitución de los frutos obtenidos por considerarla poseedora de buena fe) y negando la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Si bien la nulidad de la donación del derecho real de usufructo está fuera de dudas (puesto que tan donación es la que tiene como objeto el pleno dominio o la nuda propiedad como la que tiene como objeto un derecho real limitado), no nos parece correcto negar la aplicación de la indicada doctrina en este supuesto, en el que el «donante» había permitido que la «donataria» del usufructo actuara como titular de tal derecho real, nada menos que durante quince años, tiempo más que suficiente para hacerla confiar en la validez de tal atribución.

Tampoco nos parece correcto el argumento utilizado por el T.S. para justificar la inaplicación de la teoría de los actos propios. Según el Alto Tribunal la nulidad de la donación defectuosa formalmente «es

Finalmente hay que hacer notar que, independientemente de lo expuesto, cuando se trata de donación de cosa mueble nula por no reunir los requisitos del artículo 632, cabe la posibilidad de que su ejecución por parte del donante pueda ser considerada como donación manual y, por tanto, como repetición del negocio<sup>260</sup>.

## VII. DONACIONES DISIMULADAS

El tratamiento de las donaciones disimuladas bajo la apariencia de otro contrato es distinto en el Derecho francés, italiano y español. En el Derecho francés la jurisprudencia

---

absoluta, legitima a cualquier interesado para pedirla y la acción es imprescriptible, aparte de que el Código civil no reprodujo en este punto la norma que al efecto contenía el párrafo tercero del artículo 1.187 del Proyecto de 1851» (F.D. 2.º, *in fine*).

En cuanto al hecho de tratarse de nulidad absoluta y radical la ineficacia de que adolece el negocio al que se pretende aplicar la reiterada doctrina, cabe repetir lo dicho en el texto.

Por lo que respecta a la invocación del artículo 1.187.3 del Proyecto de 1851, que se refería a la ratificación o cumplimiento voluntario de una obligación nula por defecto de forma (vid. nota 242), la citada sentencia equipara la doctrina de los actos propios a la denominada en el Proyecto «ratificación», semejante a lo que en el Código civil se conoce como «confirmación»: téngase en cuenta que el artículo 1.187 del Proyecto se refiere, en su párrafo primero, a la «ratificación» o cumplimiento voluntario de «obligaciones» en que existe un defecto de capacidad de los contratantes o un vicio del consentimiento—art. 1.187 en relación a los arts. 986 y ss. del Proyecto y los arts. 1.115 y 1.311 del Código francés, tomados como fuente (GARCÍA GOYENA, ob. cit., t. III, p. 196)—, es decir, a lo que hoy día se conoce como contratos anulables. Si el párrafo tercero del artículo 1.187 del Proyecto no pasó al Anteproyecto de 1888 ni al Código civil fue porque se suprimió todo el artículo. Los preceptos que en el Anteproyecto se dedicaron a regular la confirmación del negocio anulable—arts. 1.322 y ss.—estaban inspirados en el Anteproyecto de Laurent.

Sin dejar de reconocer que, como apunta Díez-Picazo (*La doctrina...*, cit., p. 174), es posible que la figura de la confirmación—y, sobre todo, la confirmación tácita—tenga su origen en la doctrina de los actos propios, no son instituciones idénticas. La doctrina de los actos propios no requiere como presupuesto que el sujeto que ejecuta el negocio nulo actúe con conocimiento de la irregularidad del mismo. Es más, el error en que haya podido incurrir el sujeto actuante carece de relevancia ya que lo que se trata de proteger es la confianza del tercero (Díez-Picazo, ob. cit., p. 211). No ocurre así con la confirmación. Lo mismo cabe decir de la denominada en el Proyecto «ratificación». El propio GARCÍA GOYENA (ob. cit., t. III, p. 197), decía que la «ratificación» no debía adolecer de ningún «vicio de nulidad»—por tales se entendía los derivados de la falta de capacidad o de la existencia de un vicio del consentimiento—y que si en la ratificación o cumplimiento voluntario existía error, entraba en juego el artículo 1.895 del Proyecto, relativo al pago de lo indebido. Parece claro, por tanto, que la «ratificación» a que aludía el artículo 1.187 del Proyecto se configuraba como un negocio jurídico y que no es equiparable a la teoría de los actos propios.

<sup>260</sup> Como se indicó anteriormente, los autores franceses entienden que sólo puede considerarse la entrega de los bienes como donación manual si el donante no la ejecuta en cumplimiento de la donación nula creyendo erróneamente en su validez. Ello se explica porque, considerándose habitualmente que es requisito esencial de la donación su carácter espontáneo, el hecho de que la entrega se realice por creer erróneamente que se está obligado a ello no permite asegurar que el que celebró el contrato de donación nulo quisiera realmente, mediante la posterior entrega de los bienes objeto del mismo, repetir la donación. BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.ºs 1.102 y ss., pp. 510, 511; DEMOLOMBE, ob. cit., n.ºs 75, 76, pp. 70, 71.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

dencia ha estimado tradicionalmente que las donaciones encubiertas bajo la forma de un contrato oneroso son válidas si el negocio aparente reviste la forma necesaria para su validez (la validez del negocio utilizado como disfraz). Ello se debe a que se entiende que las solemnidades prescritas en el artículo 931 C.c. sólo son aplicables a los actos que implican donación, es decir, al contrato de donación propiamente dicho, y, por tanto, no se aplican a contratos distintos, aunque sean meramente ficticios<sup>261</sup>.

La solución mantenida por la jurisprudencia francesa es producto de una confusión: se aplica el mismo régimen a las donaciones disimuladas que a las donaciones indirectas<sup>262</sup>. El considerar que el artículo 931 del Code es aplicable únicamente a los actos «portant donation», a las donaciones en sentido estricto, justifica la no sujeción de las denominadas donaciones indirectas –es decir, de los actos de liberalidad que no encajan en el concepto típico de donación– a tal precepto, porque se entiende que la forma de la donación no es exigible cuando se realiza una liberalidad mediante un contrato distinto al de donación. Ahora bien, cuando la donación se disfraza bajo la apariencia de otro contrato, una vez descubierta la existencia de la simulación y constatándose que el negocio realmente querido por las partes se ajusta a lo que la ley califica como «donación», es claro que deberá revestir la forma requerida para ésta. Los tratadistas franceses, desde antiguo, han criticado el criterio de la jurisprudencia afirmando

---

<sup>261</sup> Además la jurisprudencia francesa invoca como argumento de la validez de las donaciones encubiertas los artículos 911 –«a sensu contrario»– y 918 C.c. El primero prescribe la nulidad de la donación disimulada que se realice en beneficio de un incapaz de lo que deduce dicha jurisprudencia que, en los demás casos, o sea, cuando la donación disfrazada no se hace en fraude de ley para favorecer un incapaz, la donación es válida. El artículo 918 sujeta a reducción determinados actos (enajenación de bienes con cargo a una renta vitalicia o con reserva de usufructo) presuponiendo que encubren una donación lo que implica –según la interpretación jurisprudencial– que reconoce la validez de la donación que se realice disimuladamente.

Se afirma además que la simulación en sí misma no es una causa de nulidad, y que está permitido hacer indirectamente lo que puede hacerse directamente (vid. la relación de tales argumentos en BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1238, p. 569; DEMOLOMBE, ob. cit., n.º 98, p. 91; JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.323, p. 755; COLIN y CAPITANT, ob. cit., pp. 588, 589).

<sup>262</sup> Así lo ponen de manifiesto los autores italianos que critican el criterio de la jurisprudencia francesa indicando que, mientras las donaciones indirectas son el accesorio de un negocio principal del que subsiste la disciplina respecto de la forma, las donaciones disimuladas son el objeto principal del negocio –la donación disimulada, se dice, es «donación directa»– y debe revestir la forma que a éste se le imponga. Al argumento francés de que cabe hacer indirectamente lo que puede hacerse de modo directo se objeta que lo que cabe hacer directamente es la donación por acto público, no la mera donación; el disfraz, se dice, no puede servir para eximirse de una norma imperativa. ASCOLI, *Trattato delle donazioni*, cit., pp. 442, 443; BUTERA, *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti «in fraudem legis»*, Torino, 1936, pp. 187, 188, 407; FERRARA, ob. cit., pp. 234, 237, 238. Este último considera absurda la teoría francesa que exige para la validez del acto oculto que reúna todas las formalidades requeridas para aquel de cuya apariencia se vale. Si el acto exterior simulado es en realidad inexistente por falta de consentimiento, dice, no se entiende porqué debe revestir una determinada forma ¿para qué exigir unas vestiduras que cubran un «no ser»? Tal teoría, indica, podría aplicarse a las donaciones indirectas, pero no a las disimuladas.

que para que la simulación no invalide el contrato disimulado es preciso que éste reúna todas las condiciones que, de haberse celebrado abiertamente, serían necesarias para su validez, y, por tanto, también las condiciones de forma<sup>263</sup>. Es de notar que, en cualquier caso, se consideran sujetas las donaciones disimuladas a las reglas de fondo de la donación<sup>264</sup>.

La doctrina italiana considera inadmisibile la postura de la jurisprudencia francesa<sup>265</sup>. En materia de negocios simulados se considera válido el disimulado si la forma externa empleada es la requerida para la validez del que se pretende ocultar, lo que implica que la donación disfrazada bajo la apariencia de otro contrato se considera válida si el contrato aparente se otorgó en escritura pública y en presencia de dos testigos<sup>266</sup>.

En el Derecho español, el Tribunal Supremo mantuvo, en la conocida Sentencia de 3 de marzo de 1932, que las donaciones de inmuebles encubiertas bajo la apariencia de una compraventa son nulas por no cumplir los requisitos formales del artículo 633 C.c. ya que, según la indicada Sentencia, los intereses que con las reglas de forma de la donación se pretenden proteger «no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el acto disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre la gratuidad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica», de ahí que la constancia en escritura pública del contrato aparente no se considerara apta para dar por cumplido el requisito de forma del artículo 633. El criterio sentado en esta sentencia ha venido siendo reiterado frecuentemente

<sup>263</sup> Se afirma así que, cuando el contrato oneroso simulado no consta en escritura pública, el contrato aparente es nulo por falta de contraprestación y la donación disfrazada es nula por falta de las solemnidades prescritas en la ley. LAURENT, ob. cit., n.º 305, pp. 378 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1269, p. 569; DEMOLOMBE, ob. cit., n.º 101, pp. 96 y ss.; DURANTON, ob. cit., n.º 401, p. 345; JOSSERAND, ob. cit., n.º 1323, p. 754; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 689; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 426.

Entre las aportaciones de la doctrina más reciente destacan las afirmaciones de MONTREDON, *La désolémnisation des libéralités*, cit., pp. 41 y ss., que concluye indicando que la exclusión de las solemnidades de la donación en estos casos no se puede justificar sobre la interpretación de los preceptos legales, ni en definitiva, sobre ninguno de los argumentos utilizados tradicionalmente. A su juicio, la única explicación convincente es que la repetición de las decisiones judiciales relativas a la validez de donaciones que no respetan las solemnidades legales ha dado lugar a la formación de una costumbre de origen jurisprudencial.

<sup>264</sup> RAYNAUD, ob. cit., pp. 382, 383; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 689. Suele exigirse además que nada revele la verdadera naturaleza de la operación, su carácter gratuito. En otras palabras, el acto aparente debe reunir todas las condiciones necesarias para que externamente parezca verdadero sin que resulte perceptible la existencia del negocio gratuito oculto.

<sup>265</sup> Vid. nota 262.

<sup>266</sup> FERRARA, ob. cit., p. 235; BUTERA, ob. cit., p. 186; CASULLI, ob. cit., p. 974. ASCOLI, *Trattato*, cit., pp. 442, 443, sostiene, por el contrario, que las donaciones disimuladas han de considerarse nulas. Según ASCOLI, «es voluntad de la ley que del acto público resulte la causa de la donación y no solamente la atribución del derecho en que ésta consista». La prescripción formal no puede por tanto considerarse satisfecha, resultando la donación nula por defecto de forma.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

por el Tribunal Supremo<sup>267</sup>. Aunque la doctrina parece estar de acuerdo, en general, con dicha opinión jurisprudencial<sup>268</sup>, ha sido DE CASTRO el principal defensor de la misma. A la tesis que mantiene la validez de la donación encubierta si el negocio simulado reviste la forma requerida para la donación, objeta este autor que la forma no se impone sólo en favor del donante sino para proteger los legítimos intereses de terceros y aduce que la requerida autenticidad y publicidad del acto de la donación no se cumple con la escritura de venta que precisamente sirve a su ocultación. Afirma que, hasta la protección del donante queda disminuida, si es otro contrato y no el de donación el que se documenta, al no consultar el donante abiertamente con el notario y al no quedar garantizada debidamente la facultad de revocación. A ello añade que el admitir la validez de la donación de inmuebles encubierta por una escritura de venta vendría de hecho a fomentar el fraude (por ej., a costa del legitimario)<sup>269</sup>.

La opinión de DE CASTRO ha sido objeto de críticas por algunos autores. VALLET DE GOYTISOLO entiende que la forma de la donación se refiere al acto transmisivo y no al título de éste y que tiene por fin, exclusivamente, que quede clara la transmisión y su contenido. Por ello sostiene, contra lo afirmado por DE CASTRO, que las formas requeridas para la donación no implican asesoramiento alguno (así se desprende del artículo 632 C.c.), sino tan sólo la exacta precisión de que la cosa es transmitida del donante al donatario, siendo, por tanto, suficiente que el contrato aparente se ajuste a lo establecido en los artículos 632 y 633. Añade que la finalidad de la forma de prevenir el fraude, referida a terceras personas, se concreta, fundamentalmente, a que quede fuera de duda la realización de la transmisión y su fecha, despejando toda incertidumbre al respecto. Y esta finalidad, dice, la llena la escritura pública en la que se formaliza la transmisión dominial, sea cual fuere el título indicado<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> Vid. nota 273.

<sup>268</sup> Se afirma que si con la exigencia de forma se pretende la autenticidad y publicidad de la donación en aras de la protección de los legítimos intereses de terceros y legitimarios, la forma pública que pueda revestir la compraventa no facilita el conocimiento de la donación. Cuando se impone una forma para la donación, lo que se quiere, no es que haya por un lado forma y por otro donación, sino que la donación se haga en dicha forma. Para entender satisfecha la exigencia del artículo 633 es preciso que todos los elementos esenciales de la donación, y especialmente la «causa donandi» consten en escritura pública. CAPÓN REY, «Notas a la S. 4-12-75, donaciones de inmuebles disimuladas bajo la forma de compraventa», en *ADC*, 1977, p. 215. DÍAZ ALABART, ob. cit., p. 1.108; ALBALADEJO, *Comentarios*, cit., pp. 175 y ss.

<sup>269</sup> DE CASTRO, «La simulación...» cit., pp. 1.007 y ss.; *El negocio jurídico*, cit., pp. 353 y ss.

<sup>270</sup> VALLET DE GOYTISOLO, «Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *ADC*, 1972, pp. 680, 681. Observa además que los legítimos intereses del propio donante, del Fisco, de los legitimarios y, en general, de la familia del donante y de los acreedores, no quedan perjudicados por la validez de la donación disimulada, ya que si la donación es inoficiosa o defrauda los derechos de los acreedores será en el primer caso reducible, y rescindible en el segundo, además de que, si tiene causa ilícita, será en cualquier caso nula.

JORDANO FRAGA argumenta, por su parte, que en la denominada «tesis clásica» del Tribunal Supremo se mezclan dos cuestiones que funcionan independientemente: la exigencia y cumplimiento de la forma y la lesión de los derechos de terceros. Aunque la forma de la donación se imponga, entre otras finalidades, con el objeto de proteger los legítimos derechos de acreedores y legitimarios, observa este autor que la tesis de DE CASTRO lleva a declarar nula una donación encubierta por una compraventa elevada a escritura pública que no lesione los derechos de los acreedores ni resulte inoficiosa. Bajo el pretexto del riesgo del fraude, dice, la opinión indicada conlleva una injustificada restricción de la autonomía privada ya que, en rigor, se niega la posibilidad de disimular en el ámbito de la donación. Si admitiendo las donaciones encubiertas se puede abrir una posible vía al fraude de terceros, esta afirmación vale para todo supuesto de disimulación, lo que debería conducir a la prohibición absoluta de toda forma de simulación relativa y no sólo a la prohibición de la simulación en el exclusivo ámbito de la donación<sup>271</sup>.

En realidad, la cuestión de si la escritura pública de compraventa vale como forma de la donación se presenta de modo distinto si se piensa en el donante o en los terceros (acreedores y legitimarios). Desde el punto de vista del donante nos parece claro que, teniendo la exigencia de forma la finalidad de asegurar la madurez de su decisión, esta finalidad se cumple igualmente si lo que se otorga en escritura pública es un contrato de compraventa, tanto más si se tiene en cuenta que el uso del procedimiento simulatorio para llevar a cabo la donación ya de por sí asegura que la decisión de efectuar la liberalidad ha sido meditada por el donante<sup>272</sup>. Desde el punto de vista de los terceros, en cambio, es cierto que, como dice DE CASTRO, la escritura pública de compraventa no garantiza plenamente la protección de los mismos ya que, si en relación a éstos la forma de la donación tiene como fin facilitar la prueba de su existencia, objeto y cuantía a efectos de la acción de reducción o de la pauliana (*supra*, apart. III), tal finalidad no se cumple si, aunque conste con certeza el objeto y montante de lo transmitido como señala VALLET, no resulta de la escritura que se transmite a título gratuito.

Conviene examinar detenidamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Ante todo hay que decir que la denominada doctrina «clásica» del Tribunal Supremo en materia de donaciones disimuladas no es, ni mucho menos, uniforme. Fren-

<sup>271</sup> JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Zaragoza, 1988, nota 271.

DURÁN RIVACOBÁ, ob. cit., p. 96, observa que siendo la donación «el ejemplo paradigmático de la eficacia que se pretende asignar a los actos encubiertos», la tesis clásica del T.S. trae consigo el «arruinar la doctrina sobre la simulación relativa, contra cuanto dispone al respecto el artículo 1.276 C.c.».

<sup>272</sup> En la doctrina francesa hay quien afirma que la simulación, por su complejidad, protege la voluntad del donante tanto como la forma solemne. La simulación opera, desde este punto de vista, como un *subrogado de la forma* («substitut de la forme»). Vid. MEAU-LATOURE, ob. cit., pp. 372, 373.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

te a un gran número de Sentencias que declaran la nulidad de la donación encubierta bajo forma de compraventa, existen otras, también abundantes, especialmente en los últimos años, que sostienen su validez cuando el contrato aparente consta en escritura pública<sup>273</sup>. De entre estas últimas, muchas de ellas se refieren a donaciones remuneratorias. Probablemente por este motivo afirmó la Sentencia de 7 de marzo de 1980<sup>274</sup> que las donaciones remuneratorias constituyen una excepción a la regla que determina la nulidad de la donación disimulada por defecto de forma, desafortunada afirmación que ha sido recogida por algunas Sentencias posteriores dando lugar a la creación de una doctrina jurisprudencial que sostiene que la donación remuneratoria oculta queda a salvo de la nulidad que se deriva del incumplimiento del artículo 633 –según interpreta este precepto la denominada tesis «clásica»– por entenderse que el rigor de tal criterio no opera cuando se trata de donaciones remuneratorias<sup>275</sup>. Tal opinión carece de todo fundamento porque,

---

<sup>273</sup> Consideran nula la donación que se decía encubierta las Sentencias: 3 de marzo de 1932; 22 de febrero de 1940; 12 de julio de 1941; 23 de junio de 1953; 5 de noviembre de 1956; 29 de octubre de 1956; 7 de octubre de 1958; 11 de febrero de 1959; 9 de diciembre de 1959; 19 de diciembre de 1960; 10 de octubre de 1961; 1 de diciembre de 1964; 13 de mayo de 1965; 14 de mayo de 1966; 28 de febrero de 1974; 4 de diciembre de 1975; 5 de noviembre de 1981; 24 de febrero de 1986; 30 de abril de 1986; 7 de mayo de 1993, y 5 de mayo de 1995.

Por el contrario, declaran la validez de la donación cuestionada las siguientes Sentencias: 27 de enero de 1945; 19 de enero de 1950; 2 de junio de 1956; 16 de noviembre de 1956; 15 de enero de 1959; 22 de marzo de 1961; 20 de octubre de 1966; 10 de marzo de 1978; 7 de marzo de 1980; 31 de mayo de 1982; 19 de noviembre de 1987; 9 de mayo de 1988; 23 de septiembre de 1989; 2 de abril de 1990; 22 de enero de 1991; 13 de octubre de 1992; 19 de noviembre de 1992; 21 de enero de 1993; 20 de julio de 1993; 13 de diciembre de 1993; 14 de marzo de 1995, y 3 de mayo de 1995.

<sup>274</sup> El supuesto de hecho era el siguiente: la hermana del causante solicitó la nulidad de la compraventa efectuada por éste alegando que era simulada. El Juzgado estimó que existía simulación relativa ya que el indicado negocio encubría una donación remuneratoria y –conforme a cierta tendencia jurisprudencial que se examinará más adelante– negó legitimación a la actora, en cuanto heredera voluntaria, para impugnar el negocio. La Audiencia confirmó dicha sentencia. Aunque el T.S. desestima el recurso basándose fundamentalmente en la falta de legitimación de la recurrente, dice esta sentencia que el tema de la donación encubierta «ha sido resuelto en la generalidad de los casos por esta Sala en el sentido de declarar la nulidad de la donación de inmuebles disimulada, por cuanto falta el requisito de forma impuesto “ad substantiam”, y por lo tanto, no expresa la voluntad de donar y la de aceptar la donación», pero concluye afirmando que: «...el rigor de tal criterio no operará cuando se trate de donaciones remuneratorias, animadas de consiguiente por el motivo causalizado de recompensar al donatario los servicios prestados al donante».

<sup>275</sup> Así, dijo la Sentencia de 31 de mayo de 1982 –partiendo de lo afirmado en la Sentencia de 7 de marzo de 1980– que la jurisprudencia «atenuando el rigor con que la propia doctrina legal se produce en los negocios de exclusiva causa liberal, estima que, en los casos de donación remuneratoria, encubierta bajo la forma de contrato de compraventa documentado en escritura pública, ni la invalidez del negocio simulado ni la ausencia de literal expresión de voluntad de donar y aceptar la donación, deben ser obstáculo para la eficacia del contrato disimulado...». Con posterioridad, las Sentencias de 13 de octubre de 1992 y 21 de enero de 1993 han fundamentado la validez de la donación encubierta cuestionada en su carácter remuneratorio y en la consideración de que en tal caso se atenúa el rigor formal del artículo 633 C.c. Se afirma en la primera que «puede deducirse que con referencia a las (donaciones) remuneratorias, se viene manteniendo la tesis de que la donación de inmuebles encubierta de ese modo, contrato de compraventa otorgado en escritura pública, es válida por reunir los requisitos formales exigidos por el Ordenamiento Jurídico». La segunda transcribe como fundamento de su argumentación el párrafo de la Sentencia de 31 mayo de 1982 arriba expuesto.

como ha sido puesto de relieve por la doctrina, sólo si se entiende que la donación remuneratoria no precisa la forma de la donación, la donación remuneratoria oculta será válida—puesto que no necesita revestir ninguna forma específica—, pero si se entiende que la donación remuneratoria debe ajustarse a lo dispuesto en el artículo 633 C.c. (si es de inmuebles), resulta absurdo estimar que la escritura pública de compraventa es suficiente para cubrir la forma exigida por el artículo 633 cuando la donación tiene carácter remuneratorio, pero no cuando se trata de una donación pura y simple<sup>276</sup>.

Hay que observar, en segundo lugar, que es también contradictoria con la tesis «clásica» en materia de donaciones disimuladas la línea jurisprudencial que niega legitimación a los herederos voluntarios para impugnar el negocio celebrado por el causante cuando encubre una donación y que justifica este criterio en el hecho de que los herederos voluntarios no pueden oponerse a los negocios celebrados por el causante con simulación relativa—aunque sí en los casos de simulación absoluta—por no asistirle más derechos que los que corresponderían a aquél<sup>277</sup>. Si bien el causante no puede impugnar el negocio disimulado con base a la simulación con que se hizo—ni, por tanto, sus herederos—es claro que, adoleciendo éste de nulidad absoluta, tanto uno como otros pueden solicitar la declaración de nulidad. Partiendo de la tesis que sostiene la invalidez de la donación disimulada por no cumplir los requisitos formales del artículo 633 C.c. no puede negarse legitimación activa a los herederos voluntarios para impugnarla, dicho criterio sólo tiene sentido si se parte de la validez de la donación disfrazada<sup>278</sup>.

En realidad, del análisis de las decisiones del Tribunal Supremo en materia de donaciones disimuladas se desprende que siempre que se declara la nulidad de la donación encubierta existen motivos que justifican la ineficacia del negocio oculto: bien porque se realizó la donación disimuladamente con el propósito de perjudicar la legítima de los herederos forzosos<sup>279</sup> o con el propósito de vulnerar una prohibición de disponer

<sup>276</sup> DÍAZ ALABART, ob. cit., pp. 1.113 y ss. Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 341, hacen notar que el criterio jurisprudencial sobre nulidad de las donaciones simuladas no se compagina con la doctrina contraria a propósito de la donación remuneratoria, indicando que el carácter remuneratorio de la donación «no debe quitar nada al presunto rigor formal del artículo 633, que no excepciona ninguna clase de donación».

<sup>277</sup> Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1944; 3 de abril de 1962; 22 de abril de 1963; 21 de marzo de 1964.

En la Sentencia de 30 de mayo de 1968 la afirmación de que la actora carecía de legitimación parece deberse, más bien, a que se estimó que el causante había renunciado a la acción de nulidad de la donación (*supra*, apart. VI). Niega también legitimación al heredero voluntario la Sentencia de 7 de marzo de 1980, Sentencia que, como se ha dicho, aunque fundamenta su fallo en la falta de legitimación de la actora, hermana del causante, es la primera que afirma que las donaciones encubiertas, si tienen carácter remuneratorio, no adolecen de nulidad por incumplimiento del artículo 633.

<sup>278</sup> Vid. VALLET DE GOYTISOLO, «Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas...», cit., pp. 723 y ss.; DÍAZ ALABART, ob. cit., pp. 1.110, 1.111.; ASÚA GONZÁLEZ, «Comentario a la sentencia de 14 de marzo de 1995», en *CC/C*, 1995, n.º 38, p. 819.

<sup>279</sup> La Sentencia de 12 de julio de 1941 resolvió un supuesto en que el padre de los actores había vendido a un sobrino, en escritura pública, todos sus bienes por el precio de 1.000 pts. cuya entrega no cons-

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

establecida legal o testamentariamente<sup>280</sup> (en cuyo caso no hubiera sido necesario hacer uso de la interpretación que considera infringido el artículo 633 C.c. cuando la donación se hace disimuladamente para declarar su nulidad, ya que el negocio sería nulo, en

taba. Los herederos forzosos impugnaron el negocio declarándose la nulidad de la donación encubierta por ilicitud de su causa –aunque se refiere también la Sentencia al incumplimiento del requisito de forma– ya que se había hecho con el claro fin de despojar a éstos de sus derechos legitimarios.

En el caso de la Sentencia de 23 de junio de 1953, el causante, después de instituir como legitimarias a sus dos hijas, nombró heredero a un nieto suyo, hijo del posteriormente actor, pero, dado que vivió los últimos años de su vida con un matrimonio de sobrinos, transmitió a éstos todos sus bienes inmuebles fingiendo una venta cuya nulidad se solicitó. Esta Sentencia, que se considera la que restablece la tesis de la que se apartó la Sentencia de 29 de enero de 1945, aunque recoge la doctrina que no estima cubierta la exigencia del artículo 633 C.c. cuando la donación se oculta bajo una compraventa otorgada en escritura pública, declaró su nulidad por haber entendido el Tribunal de instancia que no existió «animus donandi» y que el negocio estaba fundado en una causa ilícita, apreciación que declara el Tribunal Supremo ser privativa del Tribunal «a quo» sin que pueda ser rebatida en casación. Aunque en este caso el actor era el representante legal del heredero voluntario, se declara la nulidad del negocio disimulado porque, aunque en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha denegado legitimación a los herederos voluntarios para impugnar negocios simulados relativamente, se trata siempre de supuestos en que no existen herederos forzosos ni la donación se puede considerar ilícita.

En la Sentencia de 7 de octubre de 1958 los herederos forzosos de la causante instaron la nulidad de una donación que ésta había realizado mediante persona interpuesta (la donante vendió simuladamente todos sus bienes al suegro de un nieto suyo que luego los transmitió a éste mediante permuta simulada, asumiendo el nieto la obligación de cuidar y asistir a su abuela hasta su muerte. Se trataba pues de una donación modal) y que ocasionaba un claro perjuicio a sus hijos y herederos a los que despojó de todos sus derechos legitimarios. El Tribunal Supremo, que declaró la invalidez de la donación por tratarse la operación de una «maquinación ilícita determinante de la nulidad que se decreta», afirmó, no obstante, que dicha donación infringía lo dispuesto en el artículo 633 C.c.

La Sentencia de 9 de diciembre de 1959 se refiere a un supuesto en que el donante había vivido maritalmente con la donataria, con la que tuvo un hijo, y a la que vendió simuladamente una finca, perjudicando la legítima de sus hijos matrimoniales cuya madre actuó como demandante instando la nulidad de la venta simulada. En primera instancia y apelación se decretó la nulidad de la misma por causa ilícita, confirmando dicha solución el Tribunal Supremo quien, no obstante, indica a mayor abundamiento que aunque no se hubiese declarado la nulidad por dicha causa «tendría que declararse nula la donación de referencia por no haberse acreditado el cumplimiento del requisito formal de la aceptación, mediante escritura pública y durante la vida del donante» (Cdo. 6.º).

La sentencia de 5 de mayo de 1995 se refiere también a una donación encubierta realizada con el fin de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos. El TS afirma que «como ello constituye una causa ilícita», la donación encubierta es nula «no ya solamente por defecto de forma, en relación con el artículo 633 de dicho Código, sino por aquel vicio sustancial» y añade que «procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita la causa» (F. D. 2.º).

<sup>280</sup> Así, la Sentencia de 5 de noviembre de 1956, que recoge las afirmaciones vertidas en la Sentencia de 3 de marzo de 1932 acerca de la necesidad de que en la escritura pública se plasme una donación y no una compraventa y que se van repitiendo reiteradamente en nuestra jurisprudencia, resolvió un caso en que un matrimonio, que carecía de herederos forzosos, otorgó testamento mancomunado en el que se instituían recíprocamente como herederos, pero con la limitación de no poder disponer «mortis causa» de los bienes propios de cada cónyuge, determinándose en el mismo testamento el destino que se daría a los que de cada uno quedasen tras el fallecimiento de ambos. El viudo, que contrajo segundo matrimonio con una viuda que tenía una hija, vendió simuladamente bienes pertenecientes a su primera esposa, que declaró ser gananciales, a un amigo suyo que posteriormente los vendió, también simuladamente, a un pariente de la hija de su segunda mujer que, junto con su marido, venía poseyendo tales bienes. El que había sido instituido como heredero universal de la herencia de la primera mujer del donante solicitó se declarara la nulidad de las dos citadas compraventas y se declararan pertenecientes a la herencia de la causante los bienes propios de ésta y la mitad de los adquiridos por compra durante su matrimonio con el donante. Los recurrentes adujeron que las citadas compraventas encubrían una donación, declarando el Tribunal Supremo la nulidad de la misma por defecto de

cualquier caso, por ilicitud de la causa o por su carácter fraudulento<sup>281</sup>) bien porque, aunque el demandante articule su pretensión solicitando que se declare la nulidad de la venta ficticia, se trata en el fondo de un supuesto de revocación de la donación encubierta<sup>282</sup> o de resolución de la misma por cumplimiento del evento puesto como

---

forma, indicando que «a igual resultado se llegaría, si se considerase el negocio encubierto como una donación «mortis causa»... por falta de los requisitos formales establecidos por el artículo 620 C.c.» (Cdo. 9.º).

En el supuesto de la Sentencia de 13 de mayo de 1965, el causante había efectuado una donación bajo la apariencia de una compraventa con el propósito de vulnerar la prohibición contenida en el Fuero de Vizcaya de no disponer de los bienes troncales en favor de no tronqueros, «móvil que el Juzgador eleva a la categoría de causa, y como declara que ésta por ilícita, no existe, tal declaración, no impugnada, lleva consigo la inexistencia del contrato» (Cdo. 2.º). Se declara la nulidad por ilicitud de la causa, aunque añade el Tribunal Supremo que la donación no cumple los requisitos del artículo 633 C.c.

La Sentencia de 28 de febrero de 1974 declaró la nulidad de la donación que, según los recurrentes, se ocultaba bajo el contrato de compraventa y que debía considerarse válida, por falta de «animus donandi» e ilicitud de la causa, si bien inicialmente indica que «si la compraventa simulada envuelve una donación, le habría faltado en todo caso para ser válida los requisitos formales exigidos por el artículo 633 C.c.» (Cdo. 4.º). Se trataba de un supuesto en que el donante había pretendido vulnerar una prohibición de disponer por actos «inter vivos» establecida testamentariamente. El supuesto de hecho era el siguiente: la esposa del actor había instituido a éste heredero de todos sus bienes con la condición de que sólo podría disponer de dichos bienes por actos «inter vivos» una vez consumidos los propios, debiendo pasar, los que quedasen al fallecimiento de éste, a unos sobrinos de la difunta que asumieron, junto con el actor y donante, la condición de demandantes en el pleito. El actor, con el objeto exclusivo de poder disponer de los bienes heredados de su mujer, enajenó simuladamente mediante escritura pública de compraventa a otros sobrinos —los posteriormente recurrentes— todas las fincas de su propiedad. Estos últimos aprovecharon la enfermedad sufrida por el actor para posesionarse de los bienes simuladamente vendidos llegando a negar a su tío las rentas de éstos y el auxilio necesario para sobrevivir. Ante ello, el actor demandó la nulidad de la compraventa realizada, alegando los demandados que existía una donación encubierta. El Tribunal Supremo afirmó que aunque existiera un negocio subyacente bajo la simulación éste «carecería de la licitud indispensable para cubrir el supuesto aludido en el artículo 1.276 C.c.», negando que pudiera calificarse como donación por faltarle un requisito tan esencial como es el «animus donandi» ya que el propósito del actor no fue la generosidad sino el de burlar la limitación que puso la testadora a la facultad de disponer de los bienes que le otorgaba. De haberse apreciado la existencia de «animus donandi» concurriría además en esta hipótesis una causa de revocación de la donación por ingratitud (art. 648,3).

<sup>281</sup> Merece la pena destacar en este sentido la Sentencia de 10 de marzo de 1978. Esta Sentencia declara la nulidad de la donación encubierta, que vulneraba una prohibición de disponer establecida testamentariamente (de la interpretación del testamento por el que unos cónyuges se instituyeron recíprocamente herederos universales en pleno dominio, instituyendo como heredera, para después del fallecimiento de ambos, a una sobrina, se deducía que el cónyuge supérstite podía disponer libremente por actos «inter vivos» siempre y cuando no llegara a alterar la designación de heredera contenida en el testamento, disgregando el caudal que constituía la casa familiar, limitación ésta que fue vulnerada por las donaciones disimuladas realizadas por el testador supérstite en beneficio de terceros) en base a su carácter ilícito, sin recurrir para declararla ineficaz al cauce de la nulidad por defecto de forma. De hecho, presupone que la escritura pública de compraventa vale como forma de la donación, pues afirma que «cuando una donación se disimula bajo la apariencia de una compraventa la intervención de los fingidos compradores pero reales donatarios en la escritura correspondiente, supone la aceptación de este acto de liberalidad, sin que pueda exigirse, como es lógico, la expresión de que se acepta el contrato encubierto, que, precisamente, tratan de ocultar los contratantes y que quedaría al descubierto si se hiciera constar la conformidad con la realidad jurídica» (Cdo. 5.º).

<sup>282</sup> La conocida Sentencia de 3 de marzo de 1932, que inicia la doctrina jurisprudencial acerca de la nulidad de la donación disimulada bajo compraventa aparente, resolvió un caso en que la donante y posteriormente demandante pretendía en realidad la revocación de la donación encubierta efectuada a una sobrina suya con la condición de que viviera en su compañía y no salieran los bienes donados de su patrimonio debiendo repartirlos entre sus hermanos, ante el incumplimiento de las condiciones acordadas y los agravios que venía recibiendo de ésta y su marido que vivían ambos en casa de la donante.



La Sentencia de 29 de octubre de 1956 se refiere a un supuesto de revocación de una donación «mortis causa». La causante, para evitar el pago de los elevados derechos reales que tendría que soportar uno de sus sobrinos a quien deseaba instituir como heredero, vendió a éste simuladamente en escritura pública todos sus bienes —en cuya posesión continuó hasta su muerte— obligándose el donatario en documento privado a cumplir con ciertas obligaciones que se correspondían con la ejecución de unas mandas y legados con los que la causante pretendía favorecer a otros parientes. Unos años después, ante el aumento de valor de las fincas enajenadas a su sobrino y la devaluación de la moneda, la donante manifestó su deseo de aumentar la dotación de las mandas y legados otorgando nueva disposición de última voluntad. Para ello solicitó a su sobrino que otorgara en su favor escritura de propiedad de las fincas transmitidas a lo que se negó reiteradamente éste último pese a las múltiples gestiones realizadas. Ante ello, la donante otorgó ante notario nuevo testamento en el que revocaba la donación encubierta manifestando que la misma ya no reflejaba su voluntad e instituyó al posteriormente demandante y a su hermano como herederos. Mientras se realizaban las actuaciones necesarias para formular la demanda contra el donatario y sobrino de la causante, murió ésta. Entablado el procedimiento por sus herederos declaró el Juzgado la nulidad de la compraventa por simulación absoluta. Apelada la Sentencia, la Audiencia declaró la nulidad, por simulación relativa, de la compraventa así como la ineficacia de la donación «mortis causa» encubierta por haber sido expresamente revocada en el testamento. El demandado interpuso recurso de casación aduciendo que la donación hecha en escritura pública de compraventa no era «mortis causa» por no ajustarse a la forma testamentaria requerida en el artículo 620 C.c. y porque, según ciertos autores en cuyas afirmaciones se basaba el recurrente, tal figura no tiene cabida en nuestro Derecho. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso y declaró que el argüir que la donación de que se trataba no era del tipo «mortis causa» por no ajustarse a la forma testamentaria implicaba confundir «su existencia real con su existencia jurídica al tener que declararse su inexistencia en Derecho por inobservancia de la forma requerida “ad substantiam”» (Cdo. 9.º), afirmando que tales donaciones «son revocables, no producen efecto sino “post mortem”, y son ineficaces si no se justifican por ninguno de los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias» (Cdo. 8.º).

En el supuesto de la Sentencia de 28 de febrero de 1974, citada en la nota anterior, de estimarse que el actor había querido hacer una donación (lo que el Tribunal Supremo niega diciendo que no existió «animus donandi» por hacerse la compraventa simulada con el fin de vulnerar una prohibición de disponer) concurriría una causa de revocación por ingratitud.

La Sentencia de 10 de octubre de 1961 se refiere a la revocación de una donación por razón de matrimonio. El supuesto de hecho era el siguiente: los actores, herederos abintestato del causante, impugnaron una compraventa ficticia realizada por éste. El causante, aquejado de un «avanzadísimo proceso avariósico rebelde a todo tratamiento» que hacía prever su pronta defunción, había contraído relaciones amorosas en sus últimos tiempos con la demandada con quien quiso contraer matrimonio y que no llegó a tener lugar a consecuencia del fallecimiento de aquél. En atención al matrimonio proyectado y un mes antes de la fecha prevista para su celebración, otorgó escritura pública de simulada compraventa en favor de la novia a quien transmitía todos sus bienes y participaciones en la herencia paterna. Tras el fallecimiento del donante, los herederos del mismo solicitaron se declarara nula la compraventa por falta de causa y, para el caso en que se considerara existente una donación disimulada, se declarara revocada por no haber llegado a celebrarse el matrimonio en razón del cual se efectuó. En primera instancia y apelación se declaró la nulidad de la compraventa aparente y la validez de la donación disimulada. Se interpuso recurso de casación basado, entre otros motivos, en la infracción del artículo 633, declarando el Tribunal Supremo la nulidad de la donación por defecto de forma.

La Sentencia de 1 de diciembre de 1964 resuelve un caso en que concurre una causa de revocación por incumplimiento de cargas. La actora había transmitido al demandado, mediante escritura pública de simulada compraventa, ciertas fincas, comprometiéndose éste en documento privado a realizar ciertas prestaciones que no cumplió. A consecuencia de ello la donante solicitó que se declarara ineficaz la compraventa simulada o, subsidiariamente, en su caso, se revocara la donación onerosa encubierta. En primera instancia y apelación se declaró válido y lícito el contrato de donación onerosa encubierta no dándose lugar a su revocación. Ante ello la actora interpuso recurso de casación basado en la violación de los artículos 629, 630, 633 y 1.276 C.c., afirmando que la donación onerosa, cuya validez hasta entonces había mantenido, era nula por falta de forma. El Tribunal Supremo dijo que el contrato de donación, sea puro y simple u oneroso

condición<sup>283</sup>. Muchas de las sentencias que se suelen incluir entre las que defienden la tesis clásica en materia de donaciones disimuladas, en realidad declaran la nulidad de la donación que se decía encubierta por estimar que se trataba de supuestos de simulación absoluta<sup>284</sup> o de reserva mental<sup>285</sup>. Existe alguna Sentencia en que la nulidad de la dona-

---

o modal, está sujeto a lo dispuesto en el artículo 633 C.c. y, en aplicación de la denominada «doctrina clásica» en materia de donaciones disimuladas, decretó la nulidad de la donación oculta.

También la reciente Sentencia de 7 de mayo de 1993, que declara la nulidad de la donación simulada por inobservancia del artículo 633, oculta un supuesto de revocación por incumplimiento de cargas de una donación modal realizada por la demandante a sus cinco sobrinos que se comprometieron, en documento privado, a cuidarla durante toda su vida estableciéndose al efecto un sistema de turnos de servicio.

<sup>283</sup> En la Sentencia de 4 de diciembre de 1975 se declara la nulidad de la donación encubierta por infracción del artículo 633 C.c. y causa ilícita, pues se considera en esta Sentencia que el propósito de defraudación fiscal que movía a la actora, que vendió la nuda propiedad de sus bienes a un matrimonio a quien pretendía instituir como herederos, tiñe de ilicitud la causa del negocio. Lo que sucedía en realidad es que la vendedora aparente, que carecía de herederos y se encontraba enferma, para evitar los gastos que originaría una transmisión hereditaria, vendió la nuda propiedad de sus bienes a un matrimonio, bajo la condición resolutoria de que si superaba la enfermedad que padecía en el momento en que se firmaron las escrituras de venta se le reintegraría en la nuda propiedad que transmitía en las mismas. Restablecida ésta de su enfermedad los donatarios se negaron a ello, ante lo cual la donante solicitó se declarara la nulidad de la compraventa aparente. El negocio encubierto podría haber sido calificado como de donación «mortis causa» puesto que de la circunstancia puesta como condición resultaba que la transmisión de la titularidad de lo donado sólo era querida para el caso en que la donante muriese (ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pp. 61, 62). Sin embargo, el Tribunal Supremo la consideró como donación «inter vivos» y sujeta a la exigencia formal del artículo 633, afirmando que la compraventa «es nula en cuanto falta el precio y no puede servir de donación por no resultar probada su existencia en la manera y forma que exige el artículo 633 C.c.» y añadiendo que la finalidad de defraudación fiscal perseguida con la compraventa aparente «no puede menos de reputarse ilícita [...] con expreso quebranto del acto jurídico rozando la moral, cuya consecuencia es la nulidad radical del acto, conforme determina el artículo 1.276 C.c.» (Cdo. 6.º).

<sup>284</sup> La Sentencia de 11 de febrero de 1959, aunque se refiere tangencialmente al tema de la validez de la escritura pública de compraventa como forma de la donación, concluyó entendiendo que no existió en el caso de autos «animus donandi» por estimarse que la actora realizó la venta simulada inducida por las maquinaciones fraudulentas de los demandados y supuestos donatarios.

La Sentencia de 19 de diciembre de 1960, aunque también alude al tema de la forma de la donación oculta, declara la nulidad de la donación cuya existencia alegaba el recurrente por estimar que se trataba de un supuesto de simulación absoluta. Asimismo, rechazan que existiera donación oculta alguna bajo el contrato de compraventa aparente las Sentencias de 5 de noviembre de 1981 y 24 de febrero de 1986.

La Sentencia de 22 de febrero de 1940 casa la Sentencia recurrida (que sostuvo la validez de una donación que consideró se ocultaba bajo un contrato de compraventa cuya efectividad solicitó el actor aduciendo el demandado su simulación) por estimar que no se había probado que realmente existiera tal donación. Así, afirma que «si bien medió una voluntad para la apariencia, no la hubo para la integridad del efecto jurídico real. Y el Tribunal sentenciador aplica indebidamente el artículo 1.276... pues aparte de que el construir el fallo a base de un soporte jurídico como éste de la donación, no alegada ni discutida en el pleito, conduce a la incongruencia acusada en el recurso, es de tener presente que la recta aplicación del citado precepto exige que en los negocios simulados, o sea, con causa falsa, se justifique la verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la Ley» (Cdo. 4.º).

<sup>285</sup> Es el caso de la Sentencia de 30 de abril de 1986. La Sentencia recurrida había estimado que una escritura pública de compraventa en la que la actora, que solicitaba la nulidad de la misma, figuraba como adquirente del usufructo y sus hermanas y demandadas, de la nuda propiedad, encubría una cesión

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

ción oculta resultaría, en cualquier caso, de la falta de autorización judicial preceptiva para realizar el acto de disposición en cuestión<sup>286</sup>.

Por el contrario, siempre que el Tribunal Supremo sostiene la validez de la donación disimulada bajo escritura pública de compraventa, resulta que no existe perjuicio para terceros y no concurre ninguna causa de revocación. Ello suele suceder, aunque no siempre<sup>287</sup>, cuando la donación oculta tiene carácter remunerato-

---

gratuita de la nuda propiedad por parte de aquélla a éstas (se comprobó que el precio del bien fue íntegramente pagado por la actora que luego solicitó se la declarara propietaria plena del bien) que declaró nula por defecto de forma. El Tribunal Supremo, al analizar si podía apreciarse la existencia de una simulación relativa, indicó que «esta simulación, al esconder o encubrir un negocio de donación de bien inmueble que no reúne los requisitos que exige el artículo 633 del mismo Código da lugar a la nulidad de la donación simulada» (F.D. 2.º) pero luego concluyó estimando que el supuesto en cuestión no era verdaderamente una hipótesis de simulación relativa sino que existió «por parte de las dos compradoras recurrentes una reserva mental, es decir, ocultación tanto a la entidad vendedora como a la verdadera compradora de su auténtica voluntad, que no era adquirir por título oneroso la nuda propiedad de la finca que retratía la recurrida, sino recibir a título gratuito esa nuda propiedad aparentando que entregaban un precio que procedía exclusivamente del patrimonio de doña Concepción (la actora)» (F.D. 3.º).

<sup>286</sup> El supuesto de hecho de la Sentencia de 14 de mayo de 1966 era el siguiente: la actora, hija adoptiva de la causante y a quien ésta había instituido como heredera universal de sus bienes, impugnó un contrato de compraventa realizado por la causante actuando como viuda, cuando era divorciada, y sin la correspondiente autorización judicial. Los demandados excepcionaron la falta de legitimación activa de la actora por ser la sucesora universal de la causante y no poder impugnar los actos realizados por ésta. El juez de primera instancia acogió dicha excepción no entrando en el fondo del asunto. En apelación se revocó esta Sentencia declarándose la nulidad de la compraventa y la validez de la donación encubierta. Se interpuso recurso de casación basado en la incongruencia de la Sentencia recurrida, que no se pronunció sobre la nulidad del negocio por falta de autorización para enajenar, y en la infracción del artículo 633 C.c. El Tribunal Supremo decretó la nulidad de la donación encubierta por defecto de forma indicando que no podía apreciarse incongruencia en la Sentencia recurrida al no declarar la nulidad del contrato por falta de autorización judicial, porque «sólo se ejercitó la acción de simulación y, subsidiariamente, la de lesión “ultra dimidium”» (Cdo. 1.º).

<sup>287</sup> Consideraron válidas donaciones encubiertas que no tenían carácter remuneratorio las Sentencias de 2 de junio de 1956, 15 de enero de 1959 y 20 de octubre de 1966.

La Sentencia de 2 de junio de 1956 se refiere a un supuesto en que es el donante quien impugna el negocio simulado: habiéndose ejercitado acción de división material de tres fincas poseídas en indivisión por el actor y su hermano, el demandado reconvino solicitando se declararan nulos por simulados los contratos generadores del derecho de copropiedad. La Sentencia recurrida estimó que los mismos encubrían unos contratos reales y válidos de donación. Interpuesto por el demandado reconviniendo recurso de casación por infracción de los artículos 633 y 1.276 C.c., el Tribunal Supremo no dio lugar al mismo sosteniendo la validez de las donaciones disimuladas.

La Sentencia de 15 de enero de 1959 (que, por cierto, es invocada por DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 356, en apoyo de la doctrina tradicional, y, en cambio, es incluida por CAPÓN REY, ob. cit., p. 220, entre las que adoptan la postura contraria), aunque inicialmente transcribe la tesis tradicional, concluye declarando la validez de la donación cuestionada. (Los herederos del esposo de la causante, a quien éste había instituido heredera universal de sus bienes con la prohibición de disponer de los mismos «mortis causa», pretendían que le estaba vedado también disponer de ellos por actos «inter vivos» solicitando, en consecuencia, la nulidad de una compraventa realizada por ésta y que encubría una donación.)

En el supuesto de la Sentencia de 20 de octubre de 1966, los hijos y herederos de la donante impugnaron la compraventa celebrada por ésta que, según la Sentencia recurrida, encubría un contrato de donación

rio<sup>288</sup>. Aun así, cuando la donación es remuneratoria existe algún caso en que, pese a ser inoficiosa, se mantiene su validez declarándola solamente reducible, lo que se debe a que su carácter remuneratorio parece excluir que el propósito de la simulación fuese perjudicar a los legitimarios —se estima que la donación tiene causa lícita—, aplicándosele por ello el mismo régimen que si se hubiera hecho abiertamente, y a que, por las circunstancias del caso, razones de justicia aconsejan el mantenimiento de la atribución patrimonial obtenida por el donatario<sup>289</sup>.

---

en favor de los hijos de su segundo marido. El Tribunal Supremo estimó que la donación era válida puesto que no perjudicaba los intereses legítimos de la parte actora y afirmó que «... si la compraventa encubrió una donación con causa lícita y verdadera, según estima la Sentencia recurrida, y resulta el “animus donandi” así como la aceptación que los adquirentes hicieron, sin móvil fraudulento, el contrato reviste el carácter de donación perfecta e irrevocable, porque concurren todos los requisitos exigidos por el C.c.» (Cdo. 2.º).

<sup>288</sup> La Sentencia de 27 de enero de 1945, que se considera la primera que contradice la doctrina sentada en la Sentencia de 3 de marzo de 1932, se refería a una donación remuneratoria. La sobrina y heredera universal de la causante impugnó por simulados unos contratos de compraventa otorgados por ésta en favor de la demandada, que vivía con ella desde niña por ser huérfana y que había venido cuidando y prestando servicios a dicha señora, que se encontraba enferma, durante veinte años. La demandada adujo que las compraventas impugnadas ocultaban una donación remuneratoria. Ante la alegación de la recurrente, que acusaba la vulneración del artículo 633 C.c., dijo el Tribunal Supremo que los supuestos de hecho resueltos en las anteriores Sentencias que declararon la nulidad de la donación, eran diferentes pues «se ofrecieron a examen de la Sala donaciones, unas veces con causa ilícita y otras en forma condicional» (Cdo. 3.º). Por el contrario, en el caso de autos «los contratantes se propusieron realizar una donación, en la que hubo ánimo de liberalidad, concreción de objeto y fin lícito de recompensar a la donataria los servicios y atenciones para con la donante durante una larga convivencia, “sin asomo de defraudación a legitimarios o acreedores”» (Cdo. 1.º) afirmándose finalmente que «si la compraventa encubrió una donación con causa lícita y verdadera... y si además resulta que tanto el “animus donandi” como la aceptación y la designación de la cosa inmueble se hicieron constar sin móvil fraudulento que ni siquiera fue alegado, en escritura pública de fingida compraventa, que sirve para amparar la voluntad interna de liberalidad y la de aceptación, el contrato realmente celebrado reviste los caracteres de una donación perfecta» (Cdo. 4.º).

La Sentencia de 16 de noviembre de 1956 se refería, asimismo, a una donación remuneratoria (el sobrino de la causante planteó demanda en juicio de retracto de abolorio contra los adquirentes de la nuda propiedad de ciertas fincas de su tía que, según el actor, procedían de la herencia paterna de ésta. La Sentencia recurrida estimó que las escrituras de compraventa ocultaban distintas donaciones remuneratorias efectuadas por la causante en favor de unos amigos en cuyas casas pasaba temporadas y que, ante la falta de atención de su familia, habían venido cuidándola). Dicha Sentencia se basa en la anteriormente citada y afirma que «en méritos de la cual si los otorgantes utilizaron para su convenido negocio la forma de escritura pública... no acusada la ilicitud del convenio ha de estimarse el negocio donación perfecta» (Cdo. 1.º).

<sup>289</sup> La Sentencia de 22 de marzo de 1961 declara válida una donación remuneratoria encubierta, pese a que podía considerársela inoficiosa. El supuesto de hecho era el siguiente: una de las hijas y herederas del matrimonio donante que se encontraba enemistada con sus padres, enfermos ambos, y a los que ninguno de sus tres hijos atendía, solicitó se declarara la nulidad de una compraventa que encubría una donación en favor del matrimonio que, ante la indiferencia de los hijos de los causantes, vivía con ellos y los cuidaban. Interpuesto recurso de casación contra la Sentencia que estimó existente y válida la donación remuneratoria, afirmó el Tribunal Supremo que el contrato de donación reunía «en cuanto a su forma todos los requisitos que preceptúa el artículo 633 C.c.» (Cdo. 1.º) y que «no puede concluirse que la causa de tal donación remuneratoria sea ilícita... si aparte del carácter remuneratorio no agotó... el patrimonio de los donantes ni extinguió, por tanto el as hereditario» (Cdo. 4.º).

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

La línea jurisprudencial que niega legitimación al heredero voluntario para impugnar la donación disimulada tiene también su origen en la falta de perjuicio, al menos de un perjuicio que se considere tutelable por el Ordenamiento jurídico, que provoca la donación para los actores. Así, se afirma que el heredero voluntario no puede impugnar los actos de su causante «por la simple circunstancia de que por ello se haya minorado el patrimonio de la sucesión y se haya perjudicado su interés en el heredero (*sic*)» (Sentencia de 3 de abril de 1962, Cdo. 3.º) ya que «lo que la ley tutela no es la mera conveniencia, sino el derecho actual del accionante, que necesita ser definido frente al acto simulado que lo lesiona» (Cdo. 6.º) y los herederos voluntarios «sólo ostentan a la herencia simples esperanzas, más o menos remotas a la sucesión de su colateral, sin posibles medios de garantías jurídicas al resultar defraudadas tales posibilidades de alcanzar lo que se desea, que no cabe confundir con las expectativas en el grado de desarrollo de los derechos subjetivos» (Sentencia de 21 de marzo de 1964, Cdo. 3.º), de ahí que se afirme que la posición jurídica del heredero voluntario le impone el acatamiento a la voluntad real del causante en los casos de simulación relativa. Respecto del heredero forzoso se dice, en cambio, que el hecho de la sucesión no puede impedirle «impugnar por simulación los actos de su causante, *cuando por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél*» (Sentencia de 3 de abril de 1962, Cdo. 4.º). De esta afirmación parece deducirse que la legitimación del heredero forzoso para impugnar la donación encubierta en los casos de simulación relativa está supeditada a que exista perjuicio para su legítima. De hecho esta es

---

La Sentencia de 29 de noviembre de 1989 consideró válidas unas donaciones encubiertas –no se hace referencia alguna a si se cumplen o no los requisitos formales de la donación–, que se califican como remuneratorias, pese a que vulneraban claramente los derechos de las legitimarias considerándolas, solamente, reducibles por inoficiosas. Las circunstancias del caso eran las siguientes: las actoras, que impugnaron ciertos negocios realizados por su padre calificándolos de simulados, no habían mantenido a lo largo de su vida ninguna relación afectiva con él. Desde su nacimiento habían vivido en casa de unos tíos mientras que el causante convivía con un hermano y un sobrino de ambos al que, según dice la indicada Sentencia, «los dos tíos tenían como hijo». El donante instituyó en su testamento como herederas por partes iguales a sus dos hijas. Sin embargo, a su muerte, éstas constataron que carecía prácticamente de patrimonio ya que años antes había cedido, por un precio muy bajo, los derechos que le correspondían en la herencia paterna a su hermano. Posteriormente había otorgado escritura pública de reconocimiento de deuda a favor del sobrino con el que convivía, constituyendo en garantía de la obligación reconocida una hipoteca sobre ciertos bienes, lo que determinó, a causa del impago de la deuda que el causante decía haber contraído con su sobrino, la adjudicación de los bienes hipotecados a éste. También en escritura pública reconoció el finado que la mitad de los bienes que poseía eran propiedad de su hermano por haberlos adquirido con dinero de éste. La Audiencia consideró que la cesión de derechos hereditarios, el reconocimiento de deuda con constitución de garantía hipotecaria y el reconocimiento de derechos a favor del hermano del causante fueron negocios absolutamente simulados, declarándolos nulos. El Tribunal Supremo estimó, sin embargo, que, dadas las relaciones del causante con su hermano y su sobrino, debía entenderse que bajo tales negocios –concretamente, los dos primeros– subyacía el propósito del causante de efectuar sendas donaciones remuneratorias, donaciones remuneratorias que consideró válidas indicando que los derechos de las legitimarias podían ser protegidos mediante el ejercicio de la correspondiente acción de reducción.

la idea en que se basa la Sentencia de 14 de noviembre de 1986, que niega legitimación a los herederos forzosos del causante para instar la nulidad de la donación disfrazada otorgada por éste en favor de su nieta, por entender que los bienes restantes eran suficientes para cubrir las legítimas de los hijos y que, tratándose de un supuesto de simulación relativa, «no asiste acción para impugnarlo al heredero forzoso que por la transmisión patrimonial operada no haya sido perjudicado en sus derechos legitimarios» lo que resulta sorprendente si se tiene en cuenta que el contrato de compraventa aparente se otorgó en documento privado.

De lo expuesto se desprende que el Tribunal Supremo viene acudiendo al cauce de la nulidad de la donación encubierta por defecto de forma cuando la donación debe ser considerada ineficaz por otros motivos, utilizando, frecuentemente, la interpretación que considera infringido el artículo 633 C.c. cuando la donación se hace disimuladamente como recurso contra el fraude<sup>290</sup>. Por el contrario, mantiene la validez de la donación disfrazada (bien negando legitimación a los actores, bien declarando expresamente su validez) cuando considera que no lesiona los intereses de terceros o dicha lesión debe repararse por otros medios (por ejemplo, ejercitando la acción de reducción por inoficiosidad)<sup>291</sup>. Por consiguiente hay que pensar que la regla es que la escritura pública de compraventa vale como forma de la donación

<sup>290</sup> Así, en la Sentencia de 7 de octubre de 1958 (citada en la nota 279) relativa a una donación calificada como ilícita, se afirma que el rigor con que se interpreta el artículo 633 C.c. «tiende a evitar las consecuencias gravísimas que, obrando de otra suerte, puede determinar el “fraus legis”», añadiéndose que la doctrina clásica se inspiró en la necesidad de evitar los peligros del fraude y servir de freno eficaz «contra la tendencia, ya morbosa, al empleo de la simulación que casi siempre tiende a lograr por un camino, por lo menos tortuoso, lo que siguiendo una senda normal no podría alcanzarse de otro modo» (Cdo. 3.º). Asimismo, en la Sentencia de 19 de octubre de 1959 (la Audiencia de Barcelona había declarado la rescisión por lesión «ultradividium» de una compraventa que el marido de la actora había celebrado con sus hermanas quienes sostenían que la compraventa encubría una donación onerosa) aunque el Tribunal Supremo mantuvo la apreciación de la Sentencia recurrida que consideró que la compraventa que se impugnaba no era simulada, sino real, se indica que para evitar que por medio de la simulación «se pretenda obtener un fin ilícito que la ley no ampara... la doctrina jurisprudencial, ya clásica, exige un prudente rigor en el cumplimiento de las formalidades y requisitos que el Código requiere para el contrato que se dice encubierto» (Cdo. 2.º).

<sup>291</sup> NÚÑEZ IGLESIAS, «La donación de inmueble encubierta como compraventa», en *RCDI*, 1991, n.º 606, p. 1852, observa, en relación a la denominada «doctrina clásica» del Tribunal Supremo, que debería distinguirse «entre la donación hecha en perjuicio de terceros (legitimarios, cónyuge) que debe decaer por ilicitud de la causa, y aquella otra en que ese perjuicio no existe, y que de resultar inválida por falta de forma el perjudicado sería el donatario. En estos casos debería admitirse la validez de la donación ocultada». Pues bien, en realidad esto es lo que hace, al menos implícitamente, el Tribunal Supremo. Lo que mueve a dicho Tribunal a interpretar en unos casos sí y en otros no que la exigencia formal del artículo 633 C.c. viene cubierta por el otorgamiento del contrato aparente en escritura pública es la toma en consideración de las circunstancias del caso —concretamente, la existencia de perjuicio para terceros— y el propósito de obtener una solución justa. En este sentido, CÁRCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, p. 81. También, DURÁN RIVACOBÁ, ob. cit., pp. 114, 115.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

oculta<sup>292</sup>. De hecho en algunas de las sentencias más recientes queda patente que el Tribunal Supremo entiende que si el contrato de compraventa aparente consta en escritura pública han de darse por cumplidas las exigencias formales prescritas para la donación<sup>293</sup>.

<sup>292</sup> Como observa JORDANO FRAGA, ob. cit., nota 271, p. 214, si la escritura pública de compraventa no fuese apta para cubrir la forma requerida por el artículo 633 C.c., la donación encubierta sería nula por defecto de forma *siempre* y el juez podría apreciar la nulidad de oficio. Las Sentencias del Tribunal Supremo que establecen la nulidad en unos casos y la validez en otros «presuponen que no es la forma la razón de la primera, pues de otro modo la validez de la donación encubierta sería sencillamente implanteable».

<sup>293</sup> La Sentencia de 9 de mayo de 1988, relativa a una donación remuneratoria disimulada bajo escritura pública de compraventa, la considera eficaz por entender que no infringe el artículo 633 ya que «si bajo el negocio simulado existe el negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulado, y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente».

La Sentencia de 23 de septiembre de 1989 se refiere a una donación pura y simple realizada por el donante en favor de sus dos hijos extramatrimoniales e impugnada por los hijos matrimoniales del mismo. Tras indicar que la validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa ha dado lugar a soluciones divergentes y que para resolver este problema han de tenerse en cuenta las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, copia el párrafo de la Sentencia de 9 de mayo de 1988 anteriormente transcrito, añadiendo que han de considerarse válidas las donaciones disimuladas impugnadas «ya que aparecen cumplidas las exigencias formales del artículo 633 invocado como infringido al haberse hecho las donaciones en escritura pública con expresión individualizada de los bienes objeto de las mismas y constar en la misma forma la aceptación de los donatarios, presuntos compradores, que comparecieron personalmente al otorgamiento de las escrituras; todo ello *sin perjuicio de la posible inoficiosidad de las referidas donaciones* por aplicación del artículo 636 C.c. y la obligación de colacionar los bienes por los donatarios que resulten ser herederos forzosos del donante de acuerdo con los artículos 1.035 y ss. C.c.» (F.D. 3.º).

La Sentencia de 22 de enero de 1991 al igual que las dos Sentencias anteriores considera válida la donación remuneratoria encubierta afirmándose (cita nuevamente el repetido párrafo de la Sentencia de 9 de mayo de 1988) que si el negocio aparente reviste la forma requerida por la ley para el encubierto éste último será válido. (Se trataba de un supuesto en que el arrendatario de una casa ejerció acción de retracto contra la compradora del inmueble, estimándose en primera instancia y apelación que el contrato de compraventa encubría una donación remuneratoria).

La Sentencia de 19 de noviembre de 1992 sostiene también la validez de la donación encubierta afirmando que «habiéndose cumplido los elementos jurídicos que integran el acto disimulado (escritura pública y aceptación del donatario) y en especial la gratuidad del acto, alcance y condiciones de la transferencia, entonces ha de producir sus efectos la donación encubierta al no haberse dudado en absoluto del “animus donandi” de la presunta vendedora, a favor de la cual se constituyó a seguido un usufructo vitalicio sobre el mismo inmueble» (F.D. 2.º). (Se trataba también en este caso de un supuesto en que los arrendatarios de un pabellón industrial ejercitaron acción de retracto contra el comprador aparente del mismo que adujo que el negocio ocultaba una donación disimulada).

La Sentencia de 29 de marzo de 1993 afirma igualmente, aunque «obiter dicta», que «en la hipótesis de que se tratase de una compraventa que encierra una simulación relativa, la observancia o seguimiento de la forma pública en la compraventa de bienes inmuebles, como es el caso de autos, supone la observancia del requisito de forma de dichas donaciones, así como el relativo a la aceptación por parte del donatario, en su caso, el supuesto comprador» (F.D. 2.º). (Se trataba de una hipótesis en que se demandó la nulidad de ciertas ventas realizadas por una Sociedad Anónima un año antes de que se la declarara en suspensión de pagos, sosteniendo la parte actora que dichas ventas eran absolutamente simuladas y realizadas con la intención de defraudar a sus acreedores —la acción rescisoria había prescrito—. La demanda fue desestimada en primera instancia y apelación por no considerarse probada la simulación. El actor interpuso recurso de casación aduciendo, entre otros motivos, inaplicación del artículo 633 C.c. por entender que la «ratio decidendi» de la Sentencia impugnada fue que existió en realidad una donación encubierta. El Tribunal Supremo desestima el motivo por tratarse de una cuestión nueva pero realiza, a mayor abundamiento, la afirmación transcrita).

De todo esto resulta una importante consecuencia: aunque habitualmente se afirma que la forma de la donación tiene como fin, no sólo la protección del donante, sino también la de acreedores y legitimarios, esta afirmación es difícilmente sostenible a la vista de la jurisprudencia examinada. Si se parte de que la función de la solemnidad en la donación es exclusivamente proteger al donante contra la precipitación, sí puede mantenerse que la escritura pública de compraventa vale como forma de la donación pues, como ya se indicó, la escritura de compraventa cumple, igualmente, esta función. Ahora bien, si se piensa que la forma tiene también como fin facilitar el conocimiento de la existencia y cuantía de la donación en beneficio de terceros, es claro que no puede mantenerse la misma conclusión puesto que la escritura pública de compraventa no satisface esta exigencia sino que, por el contrario, sirve para ocultar la donación. Desde este segundo punto de vista la donación disimulada bajo escritura pública de compraventa debería considerarse siempre nula, con independencia de que existiera o no un perjuicio patrimonial efectivo para los herederos forzosos y los acreedores del donante, lo que no sucede en la práctica.

### VIII. EXAMEN DE ALGUNOS SUPUESTOS CALIFICADOS COMO DONACIONES INDIRECTAS

Hemos visto que bajo la denominación «donación indirecta» se engloba a todos aquellos actos de liberalidad que no pueden ser reconducidos al esquema del contrato de donación y respecto de los cuales se plantea, como cuestión fundamental, si han de estar sujetos a la disciplina prevista para el contrato típico de donación. Dada la heterogeneidad de estos supuestos nos parece oportuno, para dilucidar esta cuestión, reali-

---

La Sentencia de 20 de julio de 1993, relativa a un supuesto en que el demandante interpuso demanda contra su hija (a quien su madre, ya fallecida, había nombrado heredera universal) solicitando se declarase propiedad de la sociedad de gananciales un bien adquirido por su esposa mediante escritura pública de compraventa, declaró no haber lugar al recurso planteado contra la Sentencia que estimó que bajo la indicada compraventa existía una donación encubierta válida, afirmando que «con la forma escrituraria» de la citada compraventa se cumple «el mandato del artículo 633 C.c.» (F.D. 4.º).

La Sentencia de 2 de abril de 1990 da por sentada la existencia de una donación remuneratoria válida, disfrazada bajo apariencia de compraventa (los recurrentes aducían que se trataba de simulación absoluta), aunque no alude al tema de si había de considerarse cumplida la forma de la donación.

La reciente Sentencia de 3 de mayo de 1995 declara válida una donación encubierta, pese a que se realizó con el propósito de vulnerar la legítima de los herederos forzosos, indicando que «el negocio jurídico que verdaderamente querían otorgar y otorgaron fue una donación con plena eficacia por reunir todos sus requisitos, incluido el de la forma “ad solemnitatem” que exige el artículo 633 C.c.».

Las Sentencias de 19 de noviembre de 1987, 13 de diciembre de 1993 y 14 de marzo de 1995 consideran válidas las donaciones otorgadas bajo forma de escritura pública de compraventa, pero en estos casos resulta patente la existencia de «animus donandi» por parte de los supuestos vendedores. Vid. apart. VIII, 5, texto y nota 390.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

zar un examen detenido de los más comunes. Debe tenerse en cuenta por otra parte que, si bien a lo largo de este capítulo se han venido enumerando los supuestos que la doctrina francesa e italiana considera como donaciones indirectas, lo que presupone, obviamente, su carácter de acto de liberalidad, el análisis de alguno de ellos demuestra que no son tales actos de liberalidad o que, siéndolo, constituyen en rigor verdaderas y propias donaciones, es decir, encajan en el esquema legal descrito en los artículos 618 y siguientes del Código.

### 1. Actos de renuncia

Muchos autores consideran aptos para realizar una donación indirecta los actos de renuncia<sup>294</sup>. Dentro de ellos se distingue entre la renuncia meramente abdicativa y la renuncia traslativa, que para algunos, es una donación sin más y no una donación indirecta.

En primer lugar, conviene aclarar que en rigor sólo es verdadera renuncia la abdicativa, es decir, aquella que supone un acto unilateral de dejación o abandono de un derecho por parte de su titular<sup>295</sup>. La denominada «renuncia traslativa» —aquella en que un sujeto se desprende de un derecho transmitiéndolo a un tercero— no es tal renuncia sino un acto de enajenación para cuya eficacia es preciso el consentimiento del beneficiario<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> El que se hable de «actos de renuncia» no supone que se niegue su carácter negocial que está admitido sin discusión (Vid. ROGEL VIDE, «Renuncia y repudiación de la herencia», en *RGL y J*, 1980, sept., n.º 3, pp. 244, 245).

<sup>295</sup> La renuncia se agota en el acto del titular de un derecho de desprenderse de éste desvinculándose de la suerte ulterior del derecho renunciado. El efecto inmediato y típico de la renuncia es exclusivamente la abdicación de la titularidad del derecho, la separación del derecho de la esfera jurídica del renunciante, lo cual conlleva la extinción del derecho en cuestión. Por ello, sólo puede hablarse de renuncia en sentido técnico respecto del acto por el cual el titular de un derecho lo abandona sin transmitirlo a otro sujeto. Cfr. BOZZI, voz «Rinunzia», en *Novissimo Digesto italiano*, t. XV, pp. 1147, 1148; BATLLE VÁZQUEZ, «Comentario a los artículos 1 a 7 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. I, 1.ª ed., Jaén, 1978, p. 108; Cabanillas, «Comentario a los artículos 5 a 6.2 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo y DÍAZ ALABART, t. I, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1992, pp. 739, 740.

<sup>296</sup> Como señala BOZZI, ob. cit., pp. 1147, 1148, 1151, en la renuncia traslativa se dan todos los elementos de los actos de enajenación: separación voluntaria de un derecho de la persona de su titular; manifestación de voluntad dirigida a que el derecho venga atribuido a un tercero; correspondiente voluntad de aceptación por parte de otro sujeto; interdependencia entre pérdida y adquisición del derecho y dependencia de uno y otro fenómeno (pérdida y adquisición) de la misma causa jurídica.

Dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, 7.ª ed., reimp. 1990, p. 490, que en la renuncia traslativa no hay verdadera renuncia sino negocio patrimonial traslativo para cuya eficacia es imprescindible el consentimiento del favorecido. Asimismo, BRETON, «Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en Droit civil français», en *Rev. trim. de Droit civil*, 1928, p. 297; BATLLE VÁZQUEZ, ob. cit., p. 108; ROGEL VIDE, ob. cit., pp. 246, 248; CABANILLAS, ob. cit., p. 750.

Dice CABANILLAS que no hay renuncia cuando el fin práctico del negocio celebrado no es la abdicación de un derecho, «por ello, la transmisión de un derecho a título gratuito no tiene su causa en la renuncia sino que existirá una donación indirecta»<sup>297</sup>. Si bien estamos de acuerdo en que si existe transmisión del derecho renunciado no hay tal renuncia, pensamos que no cabe hablar de donación indirecta respecto de la renuncia traslativa, también llamada renuncia «in favorem». En cuanto implica la transmisión gratuita de un derecho en favor de un sujeto, el negocio realizado —de carácter bilateral, pues para su eficacia es necesaria la aceptación del beneficiario— no es otra cosa que una donación típica, comprendida en el concepto que de la misma da el artículo 618 C.c. y con los caracteres propios de ésta y que, por tanto, está sujeta a las formalidades de los artículos 632 y 633 bajo pena de nulidad<sup>298</sup>.

Por lo que respecta a la renuncia propiamente dicha, esto es, a la renuncia meramente abdicativa, muchos, ante el hecho de que en algunos casos genera claramente una ventaja para un tercero —v. gr. renuncia a derechos reales limitativos del dominio— la consideran susceptible de actuar una donación indirecta<sup>299</sup>. La calificación de un supuesto de hecho como donación indirecta presupone, como sabemos, su conceptualización como acto de liberalidad. Pues bien, desde nuestro punto de vista la renuncia abdicativa no puede calificarse como donación, ni directa ni indirecta, aunque ocasionalmente pueda provocar una ventaja para un concreto sujeto, porque no constituye un acto de liberalidad. El incremento patrimonial que pueda obtener un tercero a consecuencia de la renuncia no deriva directamente del acto de renuncia sino que es un efec-

<sup>297</sup> CABANILLAS, ob. cit., p. 751.

<sup>298</sup> Cfr. ORTEGA PARDO, ob. cit., p. 952, quien afirma que la renuncia traslativa gratuita constituye una donación directa. Asimismo, MANRESA, ob. cit., p. 132.

En la doctrina extranjera son de esta opinión: PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 62; BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.225, p. 562; BRETON, «Théorie générale de la renonciation...», cit., p. 318; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 444; PONSARD, ob. cit., pp. 139, 143; MEAU-LATOUR, ob. cit., pp. 406, 407.

Por el contrario, DEMOLOMBE, ob. cit., n.º 82, pp. 76, 77, y JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.315, pp. 750, 751 piensan que la «renuncia in favorem» opera una donación indirecta siendo válida sin necesidad de sujetarse a la formalidad del acto público. MONTREDON, ob. cit., pp. 114, 115, opina que si el titular de un derecho lo abandona para transmitirlo a otro, existirá una donación indirecta siempre que no se manifieste en el acto de «renuncia» la causa de la misma (se muestra aquí la tendencia a considerar que la donación indirecta resulta de un acto neutro).

<sup>299</sup> Así, BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.224, p. 562; JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.316, p. 751; BRETON, «Théorie générale de la renonciation...», cit., pp. 317, 318; Picard, en PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. III, *Les biens*. París, 1952, p. 844, entiende que la renuncia al usufructo sin contraprestación a cambio es una donación indirecta: «implica donación» —dice—, pero no está sujeta a las reglas de forma establecidas en el Código. MONTREDON, ob. cit., pp. 115 a 117, piensa que la renuncia a un derecho real sobre cosa ajena constituye una donación indirecta. El abandono del derecho de propiedad, a su juicio, no da lugar a una donación indirecta más que en el caso de la propiedad indivisa, en que los copropietarios se ven beneficiados a consecuencia de la renuncia.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

to legal que opera independientemente de la voluntad del sujeto renunciante: falta el nexo causal entre el beneficio que recibe un sujeto y el empobrecimiento del otro. La renuncia únicamente remueve el obstáculo que se opone al incremento de la esfera jurídica de otro sujeto, da lugar a las condiciones objetivas que permiten que el tercero pueda adquirir la ventaja, pero ésta deriva sólo indirectamente del acto de renuncia<sup>300</sup>. Como dice MANRESA, la renuncia «es un acto unilateral, que si produce una disminución del patrimonio del renunciante, por sí misma, como efecto directo del acto voluntario, es insuficiente para producir un aumento en el patrimonio del otro»<sup>301</sup>.

Algunos autores, aun partiendo de que la renuncia no constituye normalmente una donación indirecta estiman que cuando el sujeto renunciante actúa con el propósito de favorecer a un tercero y no con la única finalidad de desprenderse de su derecho, el acto de renuncia sirve de soporte a una donación indirecta<sup>302</sup>. A nuestro juicio, el eventual ánimo de liberalidad del renunciante no permite considerarla como un acto de liberalidad ni, por tanto, calificarla como donación indirecta (denominación que, como se indicó, engloba a todos aquellos actos de liberalidad distintos del contrato típico de donación). En la medida que el resultado económico de la renuncia es siempre el mismo por imperio de la ley –considerándose la abdicación del derecho la causa del negocio jurídico de renuncia<sup>303</sup>– el que el titular del derecho renunciado actúe con intención de beneficiar a otro sujeto no puede considerarse sino un mero motivo interno, jurídicamente irrelevante<sup>304</sup>, y no afecta a su consideración o no como acto de liberalidad. Sólo cabría tenerlo en cuenta, en nuestra opinión, si existiera un acuerdo entre el sujeto renunciante y el sujeto cuyo patrimonio se ve incrementado a consecuencia de la renuncia –v. gr. usufructuario y nudo propietario– del que resultara que el fin de ésta es provocar el enriquecimiento del beneficiario. El espíritu de liberalidad del renunciante no sería ya un mero motivo interno sino un motivo incorporado a la causa de la renuncia.

---

<sup>300</sup> Cfr. BOZZI, ob. cit., p. 1.149; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 63; RICCI, ob. cit., p. 373; TORRENTE, ob. cit., p. 213; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., p. 373. En la renuncia al derecho de propiedad –cuando se trata de bienes muebles– el beneficio que obtiene el que adquiere la «res nullius» es un efecto de la virtualidad de la ocupación como modo de adquirir la propiedad. Cuando se trata de renuncia a la cuota de un comunero la ventaja que obtienen los copropietarios es consecuencia del derecho de acrecer y no deriva directamente de la renuncia. Asimismo, cuando el titular de un derecho limitativo del dominio lo renuncia, el incremento patrimonial del titular del bien gravado no es sino una consecuencia del principio de elasticidad del dominio. En todos estos casos la renuncia hace eficiente la causa de adquisición del tercero, pero no es causa inmediata del beneficio que éste recibe.

<sup>301</sup> MANRESA, ob. cit., p. 132. De la misma opinión, ORTEGA PARDO, ob. cit., p. 953.

<sup>302</sup> Así PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., pp. 63, 64; RAUCENT, ob. cit., p. 137. También la jurisprudencia francesa entiende que la renuncia abdicativa, cuando se hace con la intención de favorecer a un tercero, debe ser considerada donación indirecta (cfr. RAYNAUD, ob. cit., p. 376).

<sup>303</sup> Sobre el carácter causal y no abstracto de la renuncia, vid. CABANILLAS, ob. cit., p. 751.

<sup>304</sup> Así lo entienden BOZZI, ob. cit., p. 1.149; MACIOCE, voz «Rinunzia» (Dir. priv.) en *Enciclopedia del Diritto*, t. XL, p. 932; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., p. 448; CASULLI, ob. cit., p. 990.

En relación con los actos de renuncia, los autores franceses incluyen también dentro del concepto de donación indirecta lo que llaman «renuncia a la sucesión» o renuncia a la herencia, especialmente cuando se hace con designación de los beneficiarios de la misma. La jurisprudencia francesa considera ésta última como donación indirecta. No obstante, parte de la doctrina niega tal postura afirmando que la renuncia a la herencia en beneficio de un sujeto específicamente determinado es una donación directa<sup>305</sup> es decir, una donación propiamente dicha<sup>306</sup>.

Es preciso tener en cuenta sin embargo, que la doctrina francesa tiende a confundir los conceptos de «renuncia» y «repudiación» utilizándolos indistintamente<sup>307</sup>, siendo así que sólo puede hablarse de renuncia a la herencia cuando ha existido una previa aceptación a la misma, pero no cuando un sujeto manifiesta su voluntad de no aceptar la herencia sin llegar a adquirirla, pues en este caso se trata de «repudiación» y no de renuncia: «se renuncia lo que se tiene; se repudia lo que se puede tener y no se quiere»<sup>308</sup>.

Cuando se repudia la herencia, o sea, se deja de adquirirla, se haga o no en favor de otro sujeto, no puede hablarse de donación indirecta –no existe un acto de liberalidad– puesto que no se produce un enriquecimiento de un sujeto que tenga su causa en el empobrecimiento de otro (en rigor no existe pérdida patrimonial, sólo no adquisición)<sup>309</sup>.

<sup>305</sup> Hay que hacer notar que tal renuncia implica aceptación de la herencia. El artículo 780 dispone que implica aceptación tácita «la renuncia, incluso gratuita, que haga uno de los herederos en beneficio de uno o de varios de sus coherederos» y «la renuncia que haga, incluso en beneficio de todos sus herederos indistintamente, cuando recibe el precio de su renuncia».

Cuando el heredero se limita a renunciar sin designar ningún beneficiario, la herencia no se considera, en cambio, aceptada. El artículo 785 preceptúa que «el heredero que renuncia se considera que no ha sido nunca heredero».

<sup>306</sup> Así BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.225, p. 562; JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.316, p. 751; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 444.

<sup>307</sup> Lo mismo cabe decir de la doctrina italiana. Así lo pone de manifiesto ROGEL VIDE, ob. cit., pp. 232 y ss., quien analiza el uso de dichos términos, desde el punto de vista legal y doctrinal, en los distintos ordenamientos, aclarando el sentido de ambos conceptos.

<sup>308</sup> Cfr. ROGEL VIDE, ob. cit., p. 223.

Los autores franceses denominan «renuncia» a los supuestos en que el heredero «renuncia» pura y simplemente a la herencia y aquellos en que lo hace en beneficio de un sujeto extraño a la sucesión cuando tales casos son en sentido técnico de «repudiación». Se ha indicado que conforme al artículo 785 del Code establece que «el heredero que renuncia no se llega a considerar como heredero. Del artículo 780, que considera aceptada la herencia cuando el heredero renuncia gratuitamente en favor de uno o más de sus coherederos, se desprende que cuando lo hace en beneficio de un tercero ajeno a la sucesión no se entiende aceptada.

<sup>309</sup> ENNECCERUS, ob. cit., p. 195, dice que «no hay donación cuando se repudia una adquisición que no ha tenido lugar todavía, o que aún no tiene carácter definitivo, tampoco es donación la repudiación de una herencia o de un legado, pues se consideran no adquiridos en absoluto». El parágrafo 517 del BGB dispone expresamente que no constituye donación –para nosotros, no constituye acto de liberalidad– la omisión de una adquisición patrimonial en beneficio de otro, la renuncia a un derecho no adquirido definitivamente ni la repudiación de la herencia o un legado.

Así, y respecto de los casos recogidos en el artículo 1.000 del Código español, resulta que el previsto en su número tres –renuncia gratuita en favor de los coherederos con derecho a acrecer– cómo no implica aceptación de la herencia es técnicamente «repudiación» y en ningún caso puede considerarse donación indirecta<sup>310</sup>.

La renuncia gratuita a beneficio de uno o alguno de los coherederos a que se refiere el artículo 1.000.2 implica aceptación: no es por tanto, repudiación. Pero tampoco es renuncia sino enajenación –ya lo indicamos respecto de la renuncia traslativa en general–. En cuanto enajenación realizada a título gratuito viene a constituir una donación propiamente dicha<sup>311</sup>. ¿Son aplicables los artículos 632 y 633 C.c.? El artículo 1.280.4 exige la forma pública para «la cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios». Lo relativo a la repudiación coordina con el artículo 1.008 del C.c. que evidentemente no es aplicable en este caso. El supuesto que analizamos debe ser incluido en el concepto de «cesión», puesto que, como hemos dicho, no puede ser considerado en rigor como renuncia. Con base a ello, parece lo más lógico entender que la «cesión» de los derechos hereditarios hecha gratuitamente a un coheredero debe hacerse en escritura pública, constando en dicha forma la aceptación del último (artículo 633), sin que sea aplicable el artículo 632, que por otra parte, sólo podría regir en caso de estar constituida la totalidad de la herencia deferida al renunciante por valores mobiliarios.

La condonación de la deuda o renuncia al derecho de crédito es considerada por la generalidad de la doctrina francesa –y también por la italiana– una donación indirecta, y en cuanto tal, exenta de las formalidades de la donación<sup>312</sup>. En nuestro Derecho, sin embargo, el artículo 1.187 C.c. sujeta la remisión a las reglas de forma de la donación y a los preceptos que rigen las donaciones inoficiosas. Probablemente porque, en cuanto acto de liberalidad no subsumible en el concepto típico de donación, se plantearía la duda acerca de si la remisión ha de ajustarse o no a las formas de ésta, el legislador ha considerado necesario declarar expresamente que dicho negocio está sujeto a las solemnidades de la donación<sup>313</sup>.

---

Los supuestos que aducen los autores franceses como ejemplos de donación indirecta: renuncia abdicativa a la herencia, e incluso de donación directa, renuncia traslativa a la herencia en beneficio de un sujeto extraño a la sucesión, no son tales. Así lo afirma MONTREDON, ob. cit., p. 107, quien hace notar «que no puede hacerse donación de aquello que jamás se ha recibido».

<sup>310</sup> Así PÉREZ y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones de Ennecerus*, cit., p. 204.

Aún cuando se entendiese aceptada la herencia tampoco existiría donación indirecta porque los beneficiarios lo son por efecto legal –los que tienen derecho a acrecer– y no por voluntad del «renunciante».

<sup>311</sup> ROGEL VIDE, ob. cit., p. 249.

<sup>312</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.233, p. 566; DEMOLOMBE, ob. cit., n.º 56, p. 48; TROPLONG, ob. cit., n.º 1076, p. 51; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 443; RAYNAUD, ob. cit., pp. 375, 376; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 683; TRABUCCHI, ob. cit., p. 478; BIONDI, voz «Donazione», cit., p. 250; CASULLI, ob. cit., p. 988; TORRENTE, ob. cit., pp. 42, 210 y ss.

<sup>313</sup> ORTEGA PARDO, ob. cit., p. 953, opina que la remisión es equiparable a la donación directa. Asimismo MANRESA, ob. cit., p. 198. Algún autor como CASTÁN, *Las particulares relaciones obligato-*

## 2. Reconocimiento de deuda inexistente

En el Derecho francés se ha planteado la duda de si el reconocimiento de una obligación que no existe en realidad, realizado con el propósito de efectuar una liberalidad al sujeto a quién se atribuye la cualidad de deudor, ha de sujetarse o no a las reglas de forma del artículo 931 C.c.

Para resolver esta cuestión la doctrina –y la jurisprudencia en algunos casos– distingue según que se manifieste la causa de la obligación reconocida o no, admitiendo cada caso distinta calificación jurídica:

- Si no se manifiesta la causa de la obligación objeto del reconocimiento se considera el negocio como una donación indirecta.
- Si se manifiesta la causa, se diferencia:
  - a) Atribución de una causa onerosa a la obligación que se dice reconocer: el negocio realizado es una donación disimulada.
  - b) Atribución de una causa gratuita a la obligación reconocida: el negocio es una donación directa, nula por defecto de forma si no consta en instrumento público<sup>314</sup>.

Por lo que respecta al Derecho español, creemos que no puede admitirse esta diferenciación. Hay que hacer notar que cuando los autores franceses hacen depender la conceptualización del reconocimiento de deuda como donación indirecta del hecho de que no se manifieste la causa, no hacen sino aplicar la tesis que subordina la existencia de una donación indirecta a la utilización de un acto «neutro»; en segundo lugar, parecen identificar la causa del negocio reconocitivo con la causa de la obligación reconocida. Desde nuestro punto de vista, el reconocimiento de una deuda inexistente hecho con ánimo de liberalidad ha de considerarse siempre, independientemente de que se haga o no constar la causa de la obligación reconocida, una donación disimulada.

Si se admitiera el reconocimiento abstracto de deuda como ocurre en el Derecho alemán sería indiferente que el crédito preexistiese o no al negocio reconoci-

---

*rias*, cit., p. 215, distingue, dentro del concepto de donación, junto con la donación real o traslativa y la obligacional, la que llama «donación liberatoria» que se efectúa extinguiendo la obligación del deudor.

<sup>314</sup> PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, ob. cit., p. 536; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 436; MONTREDON, ob. cit., pp. 58 y ss. La jurisprudencia francesa, no obstante, salvo algunas Sentencias, tiende a aplicar fundamentalmente la calificación de donación disimulada ya se atribuya al reconocimiento causa onerosa ya se omita la indicación de la causa (cfr. MONTREDON, ob. cit., p. 61).

Aunque en el Derecho francés pueda parecer irrelevante la calificación como donación indirecta o disimulada en la medida que, en principio, se las sujeta al mismo régimen, hay que tener en cuenta que el artículo 1.099 del Code considera nulas las donaciones disimuladas hechas entre cónyuges pero admite la validez de las donaciones indirectas, siendo en este ámbito donde se plantean los principales problemas en torno a la calificación jurídica de la donación llevada a cabo.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

tivo. De éste surgiría un derecho de crédito abstracto, independiente de toda relación jurídica anterior. De hecho, en el Derecho alemán apenas existe diferencia entre el reconocimiento abstracto de deuda y la promesa de deuda, también de carácter abstracto. Ambos constituyen la obligación reconocida o prometida<sup>315</sup>. En nuestro Derecho, sin embargo, los negocios son causales<sup>316</sup>. Aunque en ocasiones el Tribunal Supremo parece admitir la figura del reconocimiento abstracto de deuda, utiliza el término «abstracto» para hacer referencia a la llamada abstracción procesal de la causa<sup>317</sup>. El reconocimiento de deuda, en cuanto negocio de fijación<sup>318</sup> está dirigido a constatar la existencia (o inexistencia, en el caso del reconocimiento negativo de deuda) de una relación obligatoria anterior generando una nueva obligación que se añade a la anterior con la que coexiste: la de reasumir la obligación en los términos en que se ha reconocido. La determinación de la causa del reconocimiento puede realizarse desde distintos puntos de vista dependiendo de que se entienda por causa la finalidad o función económica del negocio<sup>319</sup> o bien el fundamento o fuente del mismo<sup>320</sup>. Entendida la causa como finalidad o función del negocio se dice por la doctrina más reciente que consiste en la fijación de la relación obligatoria reconocida, eliminando la situación de incerti-

---

<sup>315</sup> Dice ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, cit., 2.ª parte, p. 876, que el reconocimiento puede hacerse en el sentido de querer considerar la deuda como existiendo contra el que la reconoce. Semejante reconocimiento funda una obligación independiente, con sustantividad propia, o sea, independiente de la existencia de la deuda reconocida. El reconocimiento de deuda es a la vez una promesa de deuda. Ambos contratos son sólo formas distintas de la promesa abstracta de prestación —dice este autor— por lo cual el Código los somete a las mismas reglas.

En efecto, los párrafos 780 y 781 exigen para la validez del reconocimiento de deuda y de la promesa su otorgamiento por escrito en tanto no esté prescrita otra forma específica.

<sup>316</sup> Vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 303 y ss.

<sup>317</sup> Vid. el examen de la jurisprudencia que realiza DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 304 y ss.; también, ALBIEZ DOHRMANN, *El reconocimiento de deuda, aspectos contractuales y probatorios*, Granada, 1987, pp. 245 y ss.

<sup>318</sup> El reconocimiento de deuda suele ser incluido entre los negocios de fijación, aquellos dirigidos a fijar o hacer cierta una situación jurídica preexistente, y que por ello, tienen naturaleza declarativa. En el Derecho italiano se ha cuestionado la existencia del negocio de fijación precisamente por su naturaleza declarativa ya que de la definición legal de negocio se deduce que éste ha de tener eficacia constitutiva, esto es, ha de crear, modificar o extinguir una relación jurídica (sobre ello, vid. ALBIEZ DOHRMANN, ob. cit., pp. 285 y ss.). Se ha observado, no obstante, que el negocio de fijación crea algo nuevo: un vínculo jurídico consistente en aceptar la relación en los términos en que ha sido fijada. El hecho de que mediante el negocio de fijación las partes asuman la obligación de querer la relación tal y como ha sido fijada por ellas ha determinado que, aunque se parte de la naturaleza declarativa de este tipo de negocio, se diga que tiene una cierta eficacia constitutiva. En cuanto a su función, se dice, el reconocimiento tiene carácter declarativo, en cuanto a su contenido, constitutivo (vid. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 294; Díez-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., pp. 341, 342).

<sup>319</sup> La causa, en esta acepción, es denominada por ALBIEZ DOHRMANN, ob. cit., p. 321, «causa interna».

<sup>320</sup> ALBIEZ DOHRMANN, ob. cit., p. 317, denomina «causa externa» a la causa en cuanto fuente o fundamento del reconocimiento.

dumbre<sup>321</sup> y, particularmente, en cuanto el reconocimiento asegura el cumplimiento de la obligación reconocida, en su «función de garantía»<sup>322</sup>. En cuanto fundamento del negocio, la causa del reconocimiento se encuentra en la relación jurídica antecedente<sup>323</sup>. El Tribunal Supremo concibe la causa del reconocimiento en este último sentido, identificándola con la relación obligatoria precedente<sup>324</sup>, de ahí que califique como «abstracto» —con el significado indicado: aunque no se manifieste su causa el negocio es válido pues esta se presume— el reconocimiento en que no se hace referencia a la relación preexistente. Se adopte una u otra concepción de «causa» es obvio que si la relación reconocida no existe el reconocimiento carece de causa. Y no sólo de causa, también carecería de objeto<sup>325</sup>.

Ahora bien, cuando se reconoce la existencia de una obligación inexistente lo normal será que lo pretendido en realidad sea constituir la obligación «reconocida»<sup>326</sup>. Si la

<sup>321</sup> ALBIEZ DOHRMANN, ob. cit., p. 317, considera que la «causa interna» del reconocimiento es el fin de eliminar la incertidumbre o controversia. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que este autor configura el reconocimiento como un negocio de naturaleza transaccional, por ello considera indispensable la existencia de una situación incierta y controvertida (vid. pp. 341 y ss.). La mera declaración dirigida a constatar la existencia de una deuda no tiene para este autor naturaleza negocial sino confesoria, equivale a una confesión extrajudicial y sólo tiene eficacia probatoria (vid. pp. 269 y ss.).

<sup>322</sup> GETE-ALONSO, *El reconocimiento de deuda, aproximación a su configuración negocial*, Madrid, 1989, pp. 245 y ss. Dice esta autora que la garantía del reconocimiento consiste en la creación de una nueva obligación que se añade (acumulación) a la anterior en el sentido de volver a manifestar una voluntad de permanencia en el vínculo obligatorio. No se refuerza, propiamente, el patrimonio sometido a la acción del acreedor. Pero sí se refuerza, de alguna manera, el crédito, en cuanto pone de relieve la voluntad de cumplirlo y fija alguno de sus extremos.

<sup>323</sup> ALBIEZ DOHRMANN, ob. cit., pp. 317 y ss. Dice este autor (p. 339) que «a diferencia de otros contratos [...] el reconocimiento de deuda tiene, por un lado, su fuente en una relación jurídica anterior, y, por otro, su causa propia que hay que buscarla en el fin por el que se presta dicho reconocimiento» y añade que «la esencia del reconocimiento de deuda no está en la causa externa sino en su propia causa entendida como fin».

GETE-ALONSO, ob. cit., pp. 250 y ss. niega que la relación obligatoria previa, en su totalidad, opere como causa del reconocimiento. No obstante advierte que como mediante el reconocimiento se vuelve a asumir la obligación precedente, la causa de la obligación nacida del reconocimiento es idéntica a la causa de la obligación reconocida. Por ello, si la obligación reconocida tenía causa ilícita esta ilicitud teñirá el reconocimiento que será nulo aunque su propia causa —recuérdese que esta autora identifica la causa del reconocimiento con su función— sea lícita.

<sup>324</sup> GETE-ALONSO, ob. cit., pp. 108, 250.

<sup>325</sup> ALBIEZ DOHRMANN, ob. cit., pp. 315-316, 339 y ss.; GETE-ALONSO, ob. cit., p. 196 y ss., estiman que la relación obligatoria previa constituye el objeto del reconocimiento. La inexistencia de la obligación reconocida, advierte GETE-ALONSO, ob. cit., p. 253, determina la ineficacia del reconocimiento por falta de objeto sin necesidad de acudir a la inexistencia de causa.

<sup>326</sup> LACRUZ, *Teoría general del contrato*, cit., p. 157, dice que el reconocimiento de deuda, o bien es una declaración reproductiva o testimonial relativa a una deuda existente, o corresponde a una que no existe, y entonces es falso en cuanto tal y —si el promitente conoce tal circunstancia— representa una promesa de pago con propia causa (lo que implica que si tiene «causa donandi» debe revestir la forma de la donación).

Hay que hacer notar, no obstante, que este autor entiende que el reconocimiento declarativo no tiene causa «porque en sí, no constituye atribución o deuda: es simplemente un medio de prueba o de fijación de una relación preexistente y con propia causa».



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

verdadera voluntad de las partes es la de constituir la obligación a título gratuito estaremos ante una donación disimulada bajo la forma aparente del reconocimiento<sup>327</sup>. Que en el reconocimiento se haga o no alusión a la existencia de la relación obligatoria previa y a la causa onerosa o gratuita de la obligación reconocida<sup>328</sup> —manifestaciones, que por otra parte, pueden no ser ciertas— en nada afecta a su consideración como negocio simulado si se demuestra su carácter meramente aparente y la existencia de otra voluntad negocial verdadera. Aunque en virtud del artículo 1.277 la causa del reconocimiento se presume, puede probarse la falta de causa —que viene dada por la inexistencia de la obligación reconocida— y, por tanto, la falsedad del negocio aparente quedando al descubierto la verdadera voluntad negocial<sup>329</sup>. En tal caso, el negocio encubierto sólo será eficaz si reúne los requisitos necesarios para su validez (artículo 1.276). Partiendo de la hipótesis en que la verdadera voluntad de las partes sea la de constituir una obligación a título gratuito, hay que distinguir: si el reconocimiento adoptó estructura unilateral el negocio encubierto no es eficaz porque, como ya se vio, dentro de los supuestos en que se admite la eficacia vinculante de las declaraciones unilaterales de voluntad no se encuentra el de la realizada «donandi causa». Si el reconocimiento adoptó estructura bilateral, el negocio encubierto —que debe considerarse como un contrato de donación de carácter obligatorio— sólo será válido si se ajusta a las prescripciones formales de los artículos 632 y 633.

### 3. Estipulación en favor de tercero

Otro de los posibles casos de donación indirecta es el contrato con estipulación en favor de tercero cuando el estipulante celebra el contrato con la intención de hacer una liberalidad al beneficiario de la estipulación<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> En la doctrina italiana, FERRARA, *La simulación...*, cit., p. 241, considera donaciones disimuladas las que se realizan bajo la forma de un reconocimiento de deuda que no proviene de obligación anterior, sino que la crea «animus donandi». En igual sentido, ASCOLI, *Trattato*, cit., p. 437.

Entre los autores franceses, DURANTON, ob. cit., n.º 402, p. 345, considera que el reconocimiento ficticio de deuda es siempre una donación disfrazada, y en la medida que desapruueba la tesis de la jurisprudencia francesa en esta materia, opina que si se realiza en documento privado, es nulo como donación por defecto de forma, y es nulo como obligación ordinaria por falta de causa o causa falsa. Para RAYNAUD, ob. cit., p. 377, también el reconocimiento de deuda inexistente hecho con ánimo de liberalidad debe calificarse como donación disimulada.

<sup>328</sup> Téngase en cuenta que la causa de la obligación reconocida no funciona como causa del negocio recognoscitivo si bien la causa de la obligación nacida del reconocimiento es la misma que la de la obligación reconocida. GETE-ALONSO, ob. cit., pp. 250 y ss.

<sup>329</sup> ASCOLI, *Trattato*, cit., pp. 436, 437, afirma que el hecho de que no se manifieste la causa del reconocimiento no excluye su calificación como negocio simulado. Si bien la causa se presume (artículo 1.211 C.c. de 1865) puede probarse la «causa donationis» en cuyo caso el negocio será nulo por defecto de forma.

<sup>330</sup> Así, COLIN y CAPITANT, ob. cit., pp. 596, 597; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUS-SOUARN, ob. cit., pp. 545, 546; PONSARD, ob. cit., pp. 128, 129; RAYNAUD, ob. cit., p. 376.

Los exégetas franceses llegaron a esta conclusión partiendo del artículo 1.973 C.c. Dicho precepto permite que la renta vitalicia se constituya en favor de un tercero, aunque el precio haya sido pagado por otro, y establece que en este último caso «aunque revista los caracteres de una liberalidad no está sujeta a las formas requeridas para la donación; salvo los casos de reducción y nulidad enunciados en el artículo 1.970»<sup>331</sup>. Los comentaristas del Código extendieron dicha regla a todos los casos en que en un contrato oneroso se estipula una ventaja a favor de tercero considerándolos exentos de las formalidades de la donación.

De acuerdo con el criterio restrictivo del artículo 1.121 del Code respecto de los contratos con estipulación en favor de tercero<sup>332</sup>, parece que circunscribían la validez de dicha especie contractual al supuesto en que la estipulación en beneficio del tercero no era el exclusivo contenido del contrato. Por ello, al considerarse estas liberalidades «accesorias» al contrato celebrado entre estipulante y promitente no debían revestir la forma de la donación<sup>333</sup>, añadiéndose que la aceptación del beneficiario podía revestir cualquier forma, tanto tácita como expresa<sup>334</sup>.

Esta solución se generalizó tanto en el Derecho francés como en el italiano<sup>335</sup>, subsistiendo en la actualidad. Cabe preguntarse cuál es la situación en el Derecho español.

Tradicionalmente el contrato con estipulación en favor de tercero ha planteado problemas, por un lado, y en cuanto vulnera la regla de la eficacia relativa del contrato,

Entre los autores italianos, CASULLI, ob. cit., p. 988, BIONDI, voz «Donazione», cit., p. 250; BURDESE, ob. cit., p. 861, TORRENTE, ob. cit., pp. 55 y ss., citan este supuesto entre los ejemplos de donación indirecta.

<sup>331</sup> El Código civil italiano de 1865 establecía en el artículo 1.794 idéntica regla.

<sup>332</sup> El artículo 1.121 sólo permite la estipulación en provecho de tercero «cuando tal es la condición de una estipulación que se hace para sí mismo o de una donación que se hace a otro». Por ello queda excluida en principio la validez del contrato cuyo contenido se agota en la asunción, por parte del promitente, de una obligación que repercute exclusivamente en favor de un tercero.

<sup>333</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.226 y ss., pp. 562, 563, indican que estas liberalidades no requieren «otras condiciones de forma que las relativas al contrato del cual son accesorias». Vid. también en las páginas indicadas, notas 1 y 2, donde cita a los autores de la misma opinión.

JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.320, p. 752, dice que la liberalidad queda absorbida, en cuanto a la forma, en la operación onerosa.

En la misma línea, DURANTON, ob. cit., n.º 397, p. 344; TROPLONG, ob. cit., n.º 1.081, p. 55. Más modernamente, COLIN y CAPITANT, ob. cit., pp. 596 y 597.

<sup>334</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.228, pp. 562 y 563; DURANTON, ob. cit., n.º 397, p. 344.

<sup>335</sup> Como en el Código civil italiano de 1865 el artículo 1.794 establecía igual regla que el 1.973 del Código francés, los autores italianos llegaron a la misma conclusión que los franceses, estimando que las hipótesis de estipulación en favor de tercero «donationis causa» no debían ajustarse a la forma exigida legalmente para la donación. Así, VITALI, ob. cit., pp. 225 y 226; ASCOLI, ob. cit., pp. 433 y 434.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

en torno a su admisibilidad<sup>336</sup>, y por otro, en relación al fundamento y naturaleza jurídica del derecho del tercero<sup>337</sup>. Respecto del primer punto está claro en el Derecho español la validez del contrato con estipulación en favor de tercero, que admite expresamente el artículo 1.257 del C.c., pero, si en un principio doctrina y jurisprudencia entendían que la estipulación en favor de tercero sólo podía existir como contenido parcial del contrato celebrado, tras las Sentencias de 6 de octubre de 1931 y 9 de diciembre de 1940 se acepta la posibilidad de que dicha estipulación constituya el contenido exclusivo del convenio<sup>338</sup>. En cuanto al segundo, parece estar plenamente asentada la opinión que estima que el beneficiario adquiere el derecho desde la celebración del contrato si bien el estipulante puede revocar la estipulación en tanto no recaiga la aceptación de aquél<sup>339</sup>.

Una vez establecidas estas premisas pasamos a analizar el supuesto en que la estipulación en favor de tercero se utilice con la finalidad de hacer una liberalidad, por parte del estipulante, al beneficiario de la misma.

Para ello es preciso distinguir:

A) El contrato celebrado entre el estipulante y el promitente reviste carácter gratuito pero el promitente debe dar al tercero parte de lo recibido del estipulante<sup>340</sup>.

Esta hipótesis es fácilmente subsumible dentro de la donación modal o con carga —de hecho, ésta suele considerarse como una modalidad del contrato con estipulación en favor de tercero<sup>341</sup>— pero, en cualquier caso, al ser el contrato celebrado entre esti-

---

<sup>336</sup> ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU «Estipulaciones en favor de tercero», en *Estudios de Derecho privado*, t. I, Madrid, 1948, pp. 213 y ss.; BONET RAMÓN, «Los contratos a favor de tercero», en *AAMN*, 1961, t. XII, pp. 216 y ss., y CASALS, voz «Contrato a favor de tercero», en *Enciclopedia Jurídica Seix*, t. V, Barcelona, 1976, pp. 346 y ss., realizan un examen de la evolución de esta figura y analizan el criterio más o menos restrictivo que adoptan los distintos ordenamientos en cuanto a la validez de esta figura contractual.

<sup>337</sup> Vid. Nart, «Notas sobre el contrato a favor de tercero», en *AAMN*, 1950, t. V, pp. 483 y ss.; BONET RAMÓN, ob. cit., pp. 225 y ss.; y CASALS, ob. cit., pp. 365 y ss., que resumen las distintas teorías al respecto.

<sup>338</sup> Vid. OSSORIO MORALES, «Comentario a la Sentencia de 9 de diciembre de 1940», en *RGL y J*, 1941, t. 169, p. 250; BONET RAMÓN, ob. cit., pp. 228 y 229; CASALS, ob. cit., p. 356; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 93; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 1.º, cit., p. 276.

<sup>339</sup> Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., pp. 93, 94; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 1.º, cit., pp. 288, 289; LACRUZ-DELGADO ECHEVERRÍA, *Teoría general del contrato*, cit., pp. 332 y 333.

<sup>340</sup> Si el promitente debiera entregar al tercero la totalidad de lo recibido por el estipulante se trataría en realidad, como dice PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 1.º, cit., p. 287, «de una donación del estipulante al tercero, aunque lo más natural sería que el donante hiciera directamente una donación sin vincularse con otra parte contratante». Esta hipótesis se asemeja a la simulación por persona interpuesta. El calificarla como estipulación en favor de tercero o simulación dependerá de que el promitente sea un contratante real —y adquiriera efectivamente el bien aunque con la obligación de entregarlo al beneficiario— o meramente ficticio.

<sup>341</sup> LACRUZ-DELGADO ECHEVERRÍA, *Teoría general del contrato*, cit., p. 331, indica sin embargo, que puede establecerse alguna diferenciación entre la donación modal y la estipulación en prove-

pulante y promitente una donación, son aplicables los artículos 632 y 633 del Código civil.

B) El contrato celebrado entre el estipulante y el promitente es de naturaleza onerosa, es decir, el promitente se compromete a realizar una prestación a cambio de una contraprestación a cargo del estipulante. A su vez pueden darse aquí dos variantes:

a) La prestación que corresponde al promitente debe ser efectuada en favor del estipulante y, parcialmente, en favor del tercero; sería éste el genuino contrato con «estipulación» en provecho de tercero.

b) La prestación debida por el promitente como contraprestación de la recibida por el estipulante debe ser ejecutada íntegramente en beneficio del tercero.

En ambos casos, si en el ámbito de la llamada «relación de valuta» la atribución patrimonial que recibe el tercero tiene «causa donandi», del contrato con estipulación en favor de tercero resulta la existencia de una liberalidad que se obtiene como consecuencia de un contrato oneroso.

¿Hay que estimar que ello determina la aplicación de la normativa de la donación típica? DE BUEN afirmaba que cuando entre el tercero y el estipulante el cumplimiento de la estipulación constituye una donación «le serán aplicables las reglas de fondo relativas a las donaciones; pero no las condiciones de forma; pues en este caso la donación será el accesorio de un contrato principal a cuyas normas deberá sujetarse»<sup>342</sup>. Ahora bien, DE BUEN, para afirmar la no sujeción de esta liberalidad a la forma de la donación, partía de la consideración de la estipulación en provecho de tercero como contenido parcial del contrato. ¿Cabría mantener la misma postura si la estipulación de una prestación en favor del tercero fuese el exclusivo contenido del contrato?

ORTEGA PARDO, en la medida que opina que no existe liberalidad hasta que el tercero acepte, dice que «la liberalidad que surge al aceptar no puede considerarse indirecta, deriva directamente de la oferta de donar hecha por el estipulante y de la aceptación del tercero». En consecuencia estima que sólo producirá efecto cuando se someta a las normas imperativas de las donaciones<sup>343</sup>.

Otros autores opinan que la liberalidad que pueda obtener el tercero –independientemente de que constituya el contenido parcial o total del contrato– no determina

---

cho de tercero: el beneficiario de la estipulación se convierte por la aceptación en verdadero acreedor mientras que no tiene esa condición el favorecido por el «modus».

Tal distinción es aceptable, no obstante, siempre que se entienda que el beneficiado por el modo no tiene derecho a exigir el cumplimiento de éste, pero no cuando se opina lo contrario. En concreto, Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, I, cit., p. 580, estiman que sí tiene derecho a exigir su cumplimiento.

<sup>342</sup> DE BUEN, «La estipulación en provecho de tercero», en *RGLJ*, 1923, t. I, p. 237. BONET RAMÓN, ob. cit., p. 239, adopta el mismo criterio.

<sup>343</sup> ORTEGA PARDO, ob. cit., p. 952.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

la aplicación de las reglas de forma de la donación al contrato celebrado entre el estipulante y el promitente<sup>344</sup>.

En nuestra opinión no es factible la aplicación de los artículos 632 y 633 C.c. al contrato oneroso celebrado entre estipulante y promitente. Aun cuando cabría pensar que si la voluntad del estipulante es la de hacer una liberalidad al tercero debe exigirse que su declaración se efectúe en la forma de la donación, ello carece de sentido en tanto que, existiendo prestaciones recíprocas por parte de ambos contratantes, el contrato está sujeto a la regla de libertad de forma (art. 1.278). No hay razón para exigir que la declaración del promitente se ajuste a las solemnidades de la donación y, como se ha venido reiterando, no es posible escindir la forma del contrato que es indivisible.

Podría pensarse, en todo caso, que si bien el contrato con estipulación en favor de tercero no está sujeto a la forma de la donación, si lo está el acto de liberalidad resultante. DELGADO ECHEVERRÍA advierte que «si mediante la estipulación en favor de tercero pretendía el estipulante hacer una donación a aquél, serán aplicables a esa relación entre el estipulante y el tercero, desde que éste último acepte la atribución del promitente, los artículos 618 y siguientes del C.c.»<sup>345</sup>. Desde este punto de vista lo que habría de constar en la forma requerida en los artículos 632 y 633 C.c. es la declaración del estipulante, manifestando su voluntad de que se lleve a cabo una atribución en favor del tercero, y la correspondiente aceptación de éste.

Cabría objetar que el donante, al emplear el mecanismo del contrato con estipulación en favor de tercero para efectuar el acto de liberalidad, ha debido madurar su decisión no precisando, por tanto, la protección que dispensan las solemnidades de la donación. Asimismo, que si la forma de la donación tiene como fin proteger al donante contra la precipitación, no es necesario que la aceptación del donatario esté sujeta a forma<sup>346</sup>. Sin embargo, el carácter formal de la aceptación del donatario se explica,

---

<sup>344</sup> ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, «Estipulación en favor de tercero», cit., p. 227, afirman que los requisitos formales del contrato con estipulación de tercero serán «los propios del contrato en sí, prescindiendo de la peculiar desviación de efectos hacia el tercero. Por consiguiente, regirán los requisitos formales que le sean peculiares».

MARTÍN BERNAL, *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985, p. 318, afirma que si la estipulación en provecho de tercero implica la realización de una donación serán aplicables las reglas de fondo relativas a las donaciones pero no las de forma.

DÍEZ-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., p. 410, observa que «la forma contractual es sólo del contrato entre estipulante y promitente, por lo que el precepto legal citado (art. 633) sólo será de aplicación si la “causa donandi” se da entre ellos, lo que, por lo demás no parece rigurosamente sostenible, ya que las formas prevenidas en dicho artículo son para aquellos casos en que se establecen transferencias de bienes o derechos».

<sup>345</sup> LACRUZ-DELGADO ECHEVERRÍA, *Teoría general del contrato*, cit., p. 331, nota 10.

<sup>346</sup> Así sucede en el Derecho alemán, donde, como se sabe, sólo ha de documentarse la declaración del donante.

como se indicó en su momento<sup>347</sup>, porque con ello se pretende hacer constar con seguridad el momento en que la donación deviene irrevocable. En el contrato con estipulación en favor de tercero la aceptación de éste es necesaria para la irrevocabilidad de la estipulación. Si ello es así y, ateniéndonos al fundamento de la exigencia de forma en la donación, podría pensarse que, en tanto que el beneficiario de la estipulación efectuada «animus donandi» no acepte en la forma requerida en los artículos 632 y 633 C.c., el donante-estipulante puede revocar la estipulación<sup>348</sup>. Dado que la aceptación del tercero y «donatario» debe ajustarse a las solemnidades de la donación, no parece congruente que la declaración del «donante», aunque se encuentre ínsita en un negocio oneroso, sea libre de forma. Ello significa que si la forma en que se ha efectuado el contrato celebrado entre estipulante y promitente —y en el cual aquél ha manifestado su voluntad de que se efectúe una atribución patrimonial en favor de un tercero— no coincide con la requerida para el acto de liberalidad resultante, será necesario que dicha manifestación de voluntad se plasme en un documento independiente.

En cualquier caso, cabe pensar que si la prestación que el promitente debe efectuar en favor del tercero consiste en la entrega de una cosa mueble (v. gr. una cantidad de dinero), desde el momento en que el promitente ejecute la prestación —obviamente sin que el estipulante haya revocado la estipulación—, la atribución patrimonial será válida como donación manual<sup>349</sup>.

La hipótesis analizada puede ser calificada como donación indirecta<sup>350</sup> en cuanto da lugar a una liberalidad que no encaja en el esquema contractual típico de la donación. Al contrato oneroso con estipulación en favor de tercero que conlleve una liberalidad para éste no le son aplicables las solemnidades de la donación<sup>351</sup>. La aplicación de las mismas sólo puede plantearse en relación al acto de liberalidad que tiene lugar entre estipulante y tercero. En cuanto a las reglas de fondo previstas para la donación,

<sup>347</sup> *Supra*, apart. II, 1.

<sup>348</sup> MANRESA, *Comentarios al Código civil*, t. VIII, vol. 2.º, 2.ª ed. rev. por Moreno Mocholí, Madrid, 1967, p. 427, estima que cuando la estipulación en favor de tercero conlleva una donación entre estipulante y beneficiario, son aplicables a la aceptación del tercero las reglas de forma de la donación.

<sup>349</sup> La doctrina francesa ha planteado tradicionalmente la posibilidad de efectuar la donación manual mediante un tercero, que actuaría como mandatario, afirmándose que en este caso la donación manual se perfecciona una vez que el intermediario realiza la correspondiente entrega. Si el donante revoca el mandato, muere o deviene incapaz antes de que el mandatario ejecute el encargo, la posterior entrega no sería ya válida como donación. LAURENT, ob. cit., n.º 291 y ss., pp. 364 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, ob. cit., n.º 1.163 y ss., pp. 536 y 537; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 454.

<sup>350</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 356, incluyen la estipulación en provecho de tercero hecha con el objeto de efectuar una liberalidad al beneficiario de la misma en la figura de la donación indirecta.

<sup>351</sup> Hay que hacer notar que determinados supuestos de contrato a favor de tercero, como es el de seguro —sin que pueda negarse, por ejemplo en el caso del seguro de vida, su carácter de acto de liberalidad en relación al beneficiario— tienen una forma específicamente prevista en la ley (art. 5 Ley 50/1980, de 8 de octubre).

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

la doctrina coincide en afirmar que las liberalidades que resulten de un contrato a favor de tercero están sujetas a la normativa de la donación referente a la colación y reducción por inoficiosidad, así como a la posible impugnación por parte de los acreedores del estipulante<sup>352</sup>.

### 4. Puesta de bienes a nombre de otro

La puesta de bienes a nombre de otro supone que un sujeto compra un bien con dinero propio y hace que figure como comprador otro sujeto. La indicada operación admite una variante –un sujeto compra un bien con dinero que le ha entregado un tercero– que también suele ser incluida en la figura de la intestación. La doctrina francesa discute la calificación que hay que dar a estas hipótesis (donación indirecta, disimulada) cuando el sujeto que proporciona los fondos pretende hacer una liberalidad al que adquiere el bien. En concreto, propone las siguientes soluciones:

- Operación compuesta por dos actos: donación manual de una suma de dinero a un individuo para que compre una cosa, seguida de la adquisición de la misma por el donatario con el dinero recibido.

- Donación indirecta realizada por medio del pago de la deuda de otro<sup>353</sup>. Tanto en este caso como en el anterior el objeto de la liberalidad se identifica con el precio de la adquisición.

- Donación disimulada bajo la apariencia de una venta. El verdadero comprador es la persona que provee los fondos. Esta persona dona el inmueble comprado a un tercero pero para disimular la donación coloca al donatario en la posición de adquirente de la compraventa<sup>354</sup>.

---

<sup>352</sup> Debe tenerse en cuenta que, a efectos de colación, rescisión... lo que debe tomarse como punto de referencia es la prestación del estipulante al promitente y no la cuantía de la prestación realizada por el promitente en favor del tercero. Se afirma que el derecho a la prestación del promitente en cuanto tal está a salvo de la agresión de los acreedores y legitimarios del estipulante, si bien es impugnabile, en su caso, la atribución del estipulante al promitente en la cuantía que tenga. Ello explica que en el contrato de seguro se tenga en cuenta el importe de las primas pagadas a la compañía y no el capital asegurado a favor del beneficiario, (cfr. art. 88 de la Ley 50/1980, sobre el contrato de seguro). Vid. DE BUEN, ob. cit., p. 237; BONET RAMÓN, ob. cit., pp. 239 y 240; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 1.º, cit., p. 289; LACRUZ-DELGADO ECHEVERRÍA, *Teoría general del contrato*, cit., p. 335; MARTÍN BERNAL, ob. cit., pp. 318, 319; DÍEZ-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., p. 414.

<sup>353</sup> Entre los autores italianos, esta posibilidad también la apunta TORRENTE, ob. cit., p. 59.

El pago de la deuda ajena, obviamente sin intención de exigir su repetición y con «animus donandi», suele conceptuarse en general como donación indirecta. Así, PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUS-SOUARN, ob. cit., p. 536; RAUCENT, ob. cit., p. 137; VITALI, ob. cit., p. 245; BURDESE, ob. cit., p. 861.

<sup>354</sup> Vid. PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUS-SOUARN, ob. cit., p. 537; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 434; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 691; RAYNAUD, ob. cit., p. 379.

La jurisprudencia francesa, sin embargo, ha venido calificando este fenómeno como donación disimulada sin distinguir si la compraventa ha sido concluida por un sujeto en nombre de otro, o si ha existido una previa entrega de dinero –el importe del precio de la compraventa– al sujeto que adquiere el bien por parte de un tercero. Dicha jurisprudencia entiende que aun en el segundo caso la donación manual se incorpora a la compra para devenir una donación encubierta. La donación, se dice, está indivisiblemente ligada a la operación de transferencia a título oneroso del bien, de manera que el objeto de la donación no es la cantidad correspondiente al precio, sino la cosa donada<sup>355</sup>.

En nuestro Derecho, DE CASTRO equipara la puesta de bienes a nombre ajeno a la simulación por interposición ficticia de persona. Dice que en la puesta de bienes a nombre de otro «se suprime el intermediario y se oculta el negocio de transmisión haciendo que aparezca el beneficiario como titular originario o inmediato. Por ejemplo, D abona el precio de la finca que se compra a T y hace que figure como comprador su hijo H. Siendo lo mismo que D actúe como apoderado de H o que el mismo H pague el precio con el dinero que le haya entregado... El carácter sincopado de la figura, no la diferencia suficientemente de la interposición de persona, para salvarle de las sanciones que se imponen a este tipo de simulación. Se trata de un procedimiento de ocultación cuyo descubrimiento permitirá valorar la validez y eficacia de lo disimulado»<sup>356</sup>.

Según la opinión de DE CASTRO, parece que, tanto el supuesto en que un individuo proporciona a otro, con «animus donandi», los fondos necesarios para que éste último adquiera un determinado bien, como aquél en que un sujeto paga el precio de un bien cuya propiedad adquiere un tercero han de considerarse casos de simulación.

---

En la doctrina italiana, FERRARA, ob. cit., pp. 213 y 214, se inclina por la primera opción. Dice no creer que se trate de donación disimulada ni de donación indirecta la adquisición hecha en nombre del donatario pagándose el precio por el donante.

<sup>355</sup> MONTREDON, ob. cit., pp. 148 y 149.

Las dudas en torno a la calificación de esta hipótesis se han planteado fundamentalmente en relación a las operaciones realizadas entre cónyuges ya que el artículo 1.099 C.c. prohíbe las donaciones disimuladas aunque admite las indirectas. La Ley de 29 de diciembre de 1967 añadió un nuevo párrafo a este precepto estableciendo que, cuando un cónyuge adquiere un bien con dinero que le ha donado el otro para ese fin, la donación no es más que de dinero y no del bien en cuya compra ha sido empleado. Partiendo de este precepto parece que la consideración como donación manual de la hipótesis en que un sujeto entrega a otro una cantidad para que realice la compra tiene apoyo legal. No obstante, la jurisprudencia no parece haber modificado el análisis jurídico que venía haciendo (cfr. RAYNAUD, ob. cit., pp. 380 y 381).

<sup>356</sup> DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 344. De la misma opinión son Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, I, cit., p. 533: «supuesto típico de simulación por interposición de persona es el de intestación o puesta de bienes a nombre de otro. Se trata, como dice DE CASTRO, de una figura sincopada en la cual el intermediario desaparece».



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Consideramos conveniente analizar ambos supuestos por separado. En el primer caso, adquisición de un bien con dinero ajeno, la cuestión no es tanto decidir si la operación puede considerarse como un caso de simulación como determinar si hay que entender que el objeto de la donación es el dinero –en cuyo caso será válida como donación manual– o el inmueble adquirido con éste –en cuyo caso será nula por falta de forma–<sup>357</sup>. La solución parece que hay que subordinarla a la existencia de un nexo intencional entre el desembolso del dinero y la adquisición del inmueble<sup>358</sup>. Si el donante entrega dinero con objeto de que el donatario adquiera cualquier bien, desentendiéndose del destino definitivo de la cantidad entregada, la donación ha de considerarse de dinero (téngase en cuenta que puede ocurrir, y así sucede frecuentemente en la práctica, que el valor del bien adquirido no sea equivalente a la suma entregada, por ejemplo, si parte del precio del inmueble es aportado por el donatario –v. gr. si tenía ciertos ahorros– o consigue comprar un inmueble a precio menor del esperado). Si el sujeto que desembolsa el dinero prevé el destino concreto que ha de darse a éste, es decir, lo entrega con el fin de que el donatario compre un específico inmueble –en cuyo caso el importe de la suma entregada ha de coincidir con el precio del bien– parece que hay que entender que el objeto de la donación es el inmueble<sup>359</sup>. En este caso la donación sería inválida de no otorgarse en escritura pública<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> Es interesante, en este sentido, la Sentencia de 26 de mayo de 1992 que, en una hipótesis en que el matrimonio propietario de un local embargado encargó a un amigo que pujase en la subasta –con dinero entregado por ellos– y luego cediese el remate a sus hijos (los del indicado matrimonio), consideró, tras cuestionarse si el negocio por el cual los hijos del repetido matrimonio adquirieron el dominio del local era oneroso o gratuito, que se trataba de una donación de inmueble, donación que declaró nula por estimar que el auto de adjudicación de los bienes no equivale a la escritura pública requerida por el artículo 633 C.c. para la donación.

<sup>358</sup> VALENTE, *L'intestazione di beni sotto nome altrui (concetto, natura, estensione ed effetti)*, Milano, 1958, pp. 64 y 65.

<sup>359</sup> Esta es la solución que se da en el Derecho alemán. En relación a la adquisición de un bien con dinero ajeno se discute si el objeto de la donación es el dinero o el bien adquirido y se afirma que si el donatario, aunque reciba alguna sugerencia acerca del empleo del dinero, tiene libertad de elección para adquirir cualquier bien, la donación es de dinero. Si el dinero se da con la finalidad de comprar un específico bien, el objeto de la donación es el bien adquirido. REUSS, ob. cit., p. 569.

En semejante sentido, CARNELUTTI, «Donazione di immobile o donazione di denaro?», *Il Foro italiano*, 1956, t. 76, p. 186.

<sup>360</sup> CARNELUTTI, «Donazione di immobile...», cit., p. 186, indica que suele oponerse a la consideración de esta hipótesis como donación de inmueble el hecho de que, mientras que el donatario se enriquece con el inmueble, el donante no se empobrece sino con el dinero. Este autor afirma que tal objeción no es relevante ya que confunde el enriquecimiento, que es una noción económica, con la transferencia, que es una noción jurídica.

No obstante, podría pensarse, a efectos de aplicar las solemnidades de la donación, que si la función de ésta es, fundamentalmente, proteger al donante impidiendo que se desprenda irreflexivamente de sus bienes, lo que ha de tenerse en cuenta a la hora de decidir la forma exigible al acto de liberalidad en cuestión no es aquello con que se enriquece el donatario (el inmueble) sino aquello de lo que se desprende el donante (el dinero).

Por lo que respecta al segundo caso hay que tener en cuenta que el sujeto que compra un bien para un tercero puede actuar como representante o mandatario de éste, en cuyo caso no existe interposición ficticia ni puede hablarse de simulación. De hecho, algunos autores piensan que en la adquisición de un bien para otro, si el sujeto que paga el precio actúa en nombre de aquél, hay representación (directa)<sup>361</sup>. Si actúa en su propio nombre, puede hacerlo como representante indirecto, pero ello será así siempre que exista una convención previa entre el que realmente adquiere y el que paga, lo que supone una manifestación de voluntad constatable, ya sea expresa ya tácita<sup>362</sup>. Ahora bien, si entre el sujeto que paga el precio del bien y el que lo adquiere existe una relación representativa (o un simple mandato sin representación), permaneciendo el enajenante al margen del acuerdo entre representante y representado, la eventual liberalidad que pudiera resultar sería consecuencia de la renuncia por parte del mandatario o representante al reembolso del importe de la compra. Entraríamos así en el ámbito de la condonación de la deuda, que como es sabido, está sujeta a la misma forma que la donación (art. 1.187 C.c.).

Fuera de la hipótesis en que existe poder o mandato previo entre el sujeto que proporciona los fondos y el tercero que adquiere, habrá que ver si se dan los elementos necesarios para que pueda hablarse de simulación, especialmente si se tiene en cuenta que mediante el contrato con estipulación en favor de tercero es perfectamente posible que un sujeto (el estipulante) pague el precio (al promitente) de un bien que adquiere un tercero (el beneficiario). Es de esencia a la simulación que exista un fin de engaño u ocultación<sup>363</sup> y un acuerdo simulatorio que verse sobre el verdadero propósito de las partes y que, en los supuestos de simulación por persona interpuesta, debe concluirse entre los tres sujetos intervinientes<sup>364</sup>. Por ello, el calificar como simulación la hipótesis que comentamos será una cuestión de interpretación que habrá de resolverse en función del modo de actuar de los sujetos intervinientes en la operación y de lo convenido por éstos sin que pueda afirmarse «a priori» que toda vez que un sujeto paga el precio de un bien que adquiere otro existe simulación<sup>365</sup>.

<sup>361</sup> TORRENTE, ob. cit., p. 59

<sup>362</sup> MONTREDON, ob. cit., p. 163.

<sup>363</sup> Dice DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., p. 338, que la simulación lleva dentro de sí misma la idea del ocultamiento o del engaño, considerándose esencial, no que se logre la ocultación, sino que se haya procedido a la ocultación. La opinión común, prosigue, se inclina a considerar simulación cualquier operación que oculte la verdadera causa del negocio celebrado.

<sup>364</sup> GALGANO, *El negocio jurídico*, cit., p. 337; VALENTE, ob. cit., pp. 154 y 155. Observa esta autor que la doctrina italiana tiende a negar la calificación de la intestación como simulación cuando no existe acuerdo entre el enajenante, el adquirente y el que paga el precio.

<sup>365</sup> Dándose las circunstancias necesarias para entender que existe donación disimulada (compraventa más donación por persona interpuesta —el vendedor—) ha de considerarse como objeto de la donación el inmueble puesto que la intención del donante es la de atribuir al donatario un bien específico y determinado. No obstante, cabría hacer aquí, en torno a la forma aplicable a esta donación, la misma consideración expuesta en la nota 360.

## 5. «Negotium mixtum cum donatione»

Cuando se celebra un contrato a título oneroso el desequilibrio entre las prestaciones puede determinar la existencia de una ventaja para una de las partes. Se habla de «negotium mixtum cum donatione» cuando un contrato oneroso se concluye en condiciones ventajosas para una de las partes de modo que a través de dicho negocio se obtiene el efecto económico (enriquecimiento-empobrecimiento correlativos) propio de la donación<sup>366</sup>. Ahora bien, no toda desproporción entre las prestaciones de un contrato oneroso determina la existencia de un acto de liberalidad y permite, por tanto, su calificación como donación indirecta, es preciso que ese desequilibrio sea voluntario y obedezca al propósito de una de las partes de atribuir una ventaja al otro contratante siendo consciente de ello este último<sup>367</sup>. De todos es sabido que la relación de equivalencia entre las prestaciones de un contrato oneroso no tiene que ser necesariamente objetiva. En este sentido, la doctrina alemana excluye que pueda apreciarse una liberalidad en contratos celebrados entre parientes o amigos (se habla así de «Geschäfte unter Freunden» o «Kauf zum Freundschaftspreis») en los que las relaciones de parentesco o amistad justifican la diferencia de valor entre las prestaciones que son concebidas por las partes como equivalentes, y el negocio, por tanto, como totalmente oneroso<sup>368</sup>.

Ante todo es preciso distinguir el «negotium mixtum cum donatione» de la donación modal u onerosa, especialmente porque en algún caso, y partiendo del concepto de «donación mixta», propio del derecho alemán y en el que se comprenden «todas aquellas donaciones que contienen un negocio oneroso»<sup>369</sup>, se ha equiparado la donación onerosa con el «negotium mixtum cum donatione»<sup>370</sup>.

---

<sup>366</sup> ORTEGA PARDO, ob. cit., p. 967.

Aunque por lo general se piensa únicamente en la hipótesis de venta de una cosa por debajo de su valor también cabe la posibilidad de efectuar la liberalidad pagando un precio superior al valor de la cosa. FERRANDIS VILELLA, *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, cit., parte 1.ª, p. 226.

<sup>367</sup> ORTEGA PARDO, ob. cit., pp. 967 y 968; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 441; CASULLI, ob. cit., p. 988, nota 78. En el Derecho alemán, donde se considera indispensable para que un determinado acto o negocio pueda ser calificado como donación que exista un acuerdo sobre la gratuidad de la atribución, se dice igualmente que no toda desproporción entre las prestaciones de un contrato oneroso implica la existencia de una donación (recuérdese que el concepto de donación existente en el Derecho alemán se identifica con lo que nosotros denominamos «liberalidad»), las partes han de ser conscientes de la diferencia de valor y han de estar de acuerdo en que esa diferencia de valor constituye una atribución gratuita en favor de una de ellas. KOLHOSSER, ob. cit., p. 531; REUSS, ob. cit., pp. 575 y 576.

<sup>368</sup> REUSS, ob. cit., p. 576; KOLHOSSER, ob. cit., p. 530.

<sup>369</sup> Cfr. ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, cit., 1.ª parte, p. 221.

<sup>370</sup> Así lo hace la Sentencia de 19 de octubre de 1959 que dice que «en la donación onerosa que el Código civil regula está comprendida como una de sus modalidades lo que la técnica alemana y la doctrina científica de nuestra patria denomina donación mixta, como es la venta de una cosa por menos de su valor, hecha con el carácter de semidonación y la llamada compraventa amistosa, en la cual se contiene también un contrato oneroso».

Si por donación onerosa se entiende aquélla en que se impone una carga o gravamen al donatario la distinción entre este negocio y la compraventa amistosa parece clara: en la donación modal u onerosa la carga no asume la función de correspectivo, no existe una relación de reciprocidad entre las prestaciones, en cambio, en el «negotium mixtum cum donatione» hay sinalagma hasta la concurrencia del valor de la menor de las prestaciones. Hay que tener en cuenta además, que en la donación onerosa la imposición de un gravamen no necesariamente disminuye el valor de la atribución, puede no tener contenido económico y establecerse en beneficio del donatario. Por otra parte, la posible equivalencia entre uno y otro negocio se plantea sólo cuando el destinatario del modo es el donante pero no cuando es el donatario o un tercero<sup>371</sup>.

La doctrina francesa e italiana se cuestiona si debe encuadrarse la compraventa amistosa o «negotium mixtum cum donatione» dentro de la categoría general del negocio mixto<sup>372</sup> o si debe considerársele una donación indirecta –en cuyo caso algunos autores lo engloban en la figura del negocio indirecto<sup>373</sup>– lo que reviste importancia en la medida que su inclusión en una u otra figura determina un régimen jurídico distinto. Como se sabe, en el Derecho francés e italiano a las donaciones indirectas se les aplica las reglas de fondo de la donación pero no las de forma. En cambio, si la compraventa con precio de favor se considera un negocio mixto su régimen jurídico dependerá de la teoría que se adopte al respecto<sup>374</sup>. Como la teoría de la combinación es la que prevale-

---

De hecho para algunos autores el «negotium mixtum cum donatione» está comprendido en la donación con causa onerosa a que se refiere el artículo 622. Así, PÉREZ y ALGUER y FERRANDIS, *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, cit., 1.ª parte, pp. 223 y ss.; CASTÁN, *Las particulares relaciones obligatorias*, cit., p. 232. También PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, cit., pp. 115 y 116, parece acoger esta tendencia.

<sup>371</sup> LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 169; BALBI, ob. cit., pp. 69 y ss; TORRENTE, ob. cit., pp. 44 y 45.

Añade ASCARELLI, «Contratto misto...» cit., p. 92, que mientras que en el «negotium mixtum...» estamos ante un negocio oneroso cuya onerosidad es sólo parcial, en la donación modal ocurre lo contrario, se trata de un negocio gratuito cuya gratuidad es parcial. Mientras que en el primero el fin de liberalidad se consigue independientemente de especiales pactos, mediante la estipulación de un precio de menor valor, la onerosidad de la donación modal resulta de un pacto particular que viene constituido por el modo.

<sup>372</sup> Por negocio mixto se entiende aquél que está formado por la combinación de dos o más prestaciones típicas o de prestaciones típicas y atípicas. En el negocio mixto concurren varias causas, las correspondientes a las distintas prestaciones integradas en el contrato, que se funden para formar una causa única: la causa mixta. Vid. JORDANO BAREA, «Contratos mixtos y unión de contratos, Comentario a la Sentencia de 27 de febrero de 1951», en *ADC*, 1951, pp. 328 y ss.; ORTEGA PARDO, ob. cit., pp. 955 y ss.; RIERA AISA, voz «Contrato», en *Enciclopedia jurídica Seix*, t. V, p. 334.

ASCARELLI, «Contratto misto...» cit., p. 87, distingue el negocio indirecto del negocio mixto indicando que mientras que en el primero sólo existe concurrencia de intentos empíricos, en el negocio mixto concurren prestaciones típicas y causas propias de contratos diversos.

<sup>373</sup> Así, ASCARELLI, «Contratto misto...», cit., pp. 80 y ss.

<sup>374</sup> La categoría del negocio mixto ha presentado siempre la dificultad de determinar cuál es su disciplina jurídica. Entre las teorías que pretenden resolver la cuestión se encuentran la teoría de la absorción

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

ce en la actualidad, la aplicación de ésta al «negotium mixtum...» supondría que habría de regirse por la disciplina de la donación en la parte gratuita del negocio y por la normativa de los contratos onerosos en la parte del negocio que revista tal carácter. Como ya tuvimos ocasión de ver, la escisión del negocio para aplicar distintos regímenes a las porciones resultantes plantea graves dificultades respecto de aquellos aspectos, como la forma, que son indivisibles.

En el Derecho alemán se considera esta operación un negocio mixto (se habla de donación mixta o «gemischte Schenkung»)<sup>375</sup>. La doctrina francesa e italiana prevalente incluye la compraventa amistosa en la figura de la donación indirecta<sup>376</sup>. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el calificar el «negotium mixtum cum donatione» como donación indirecta no determina, en realidad, el régimen jurídico a aplicar ya que, como venimos indicando, dicha denominación no hace referencia a una categoría jurídica con un régimen definido sino que engloba una serie de actos de liberalidad que no encajan en el esquema de la donación típica y respecto de los cuales hay que dilucidar, individualmente, si debe aplicárseles la normativa de la donación y, concretamente, las solemnidades de ésta.

Contra la consideración del «negotium mixtum cum donatione» como negocio mixto se aduce que en él no existen prestaciones típicas correspondientes a distintos contratos —hecho que es el que determina la existencia de un negocio mixto— a menos que se opere una escisión ideal de la prestación en una parte onerosa —hasta la concu-

---

(habrá de tenerse en cuenta el elemento que prevalece sobre los demás, la prestación que ha de considerarse principal y que absorbe al resto de las prestaciones para aplicar al contrato el estatuto jurídico que corresponde a dicha prestación), la teoría de la aplicación analógica (se encuadrará el contrato mixto en aquel grupo de figuras típicas que guarde más analogía con el contenido del mismo) y la teoría de la combinación (los distintos elementos que componen el contenido del negocio tienen cada uno de ellos una disciplina propia que les es aplicable con independencia del contrato en que se encuadren. En consecuencia, el régimen jurídico del contrato o negocio mixto se obtendrá combinando los diferentes complejos normativos que correspondan a los variados elementos que se integren en el mismo). Esta última teoría es la que se considera preferible actualmente. Vid. ORTEGA PARDO, ob. cit., pp. 959 y ss.; JORDANO BAREA, «Contratos mixtos», cit., pp. 330-332; RIERA AISA, ob. cit., p. 334.

<sup>375</sup> REUSS, ob. cit., pp. 575 y ss.; KOLHOSSER, ob. cit., pp. 531 y ss. Vid. también, autores citados por DISTASO, *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960, p. 365, nota 11. Asimismo los que cita RUBINO, *El negocio jurídico indirecto*, cit., p. 59, nota 37, y PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici*, *Studio di Diritto romano, in Studi di Diritto privato italiano e straniero*, dirigidos por Rotondi, vol. XIII, Padova, 1938, p. 48, nota 1.

<sup>376</sup> La doctrina francesa ha considerado tradicionalmente que la compraventa amistosa y todos aquellos contratos onerosos mediante los cuales se procura una ventaja a un tercero son donaciones indirectas: DEMOLOMBE, ob. cit., n.º 96 y ss., pp. 88 y 89; JOSSELAND, ob. cit., n.º 1.319, pp. 751 y 752. Entre los autores más recientes: PONSARD, ob. cit., pp. 185 y 22; TERRÉ y LEQUETTE, ob. cit., p. 441; MAZEAUD-BRETON, ob. cit., p. 685; RAYNAUD, ob. cit., p. 377.

En el Derecho italiano, BIONDI, voz «Donazione», cit., pp. 250 y 251; FERRARA, *La simulazione...*, cit., pp. 212 y 229; CASULLI, ob. cit., p. 998.

rencia del precio— y en otra gratuita —en la medida en que el precio no cubre el valor de la cosa— lo que se considera arbitrario y no parece acorde con la intención de las partes que pactan una única prestación como contrapartida a la prestación de la otra parte<sup>377</sup> y que, si en el negocio mixto la causa viene constituida por la fusión de las causas concurrentes, en el «negotium mixtum cum donatione» la causa onerosa inviste todo el negocio mientras que la intención de donar permanece en el campo de los motivos<sup>378</sup>. Esta última afirmación resulta bastante discutible si se tiene en cuenta que, para que respecto de un negocio oneroso en el que existe desproporción entre las prestaciones pueda apreciarse la existencia de un acto de liberalidad, es preciso que las partes estén de acuerdo en que esa desproporción obedece a la finalidad de enriquecer al beneficiario pues de otro modo no podría distinguirse el «negotium mixtum cum donatione» de otras hipótesis en las cuales se acepta la falta de equivalencia entre las prestaciones por otras razones<sup>379</sup>. Ello implica que el propósito de efectuar una liberalidad no ha de permanecer en el campo de los motivos meramente individuales de las partes<sup>380</sup>.

En cualquier caso, y por lo que respecta al tema de la forma aplicable al «negotium mixtum cum donatione», pensamos que, dado que en el concepto de onerosidad no se incluye la exacta equivalencia de las prestaciones y, el negocio, por tanto, no deja de ser oneroso, no ha de ajustarse a las reglas de forma de la donación<sup>381</sup>, con

<sup>377</sup> Vid. ORTEGA PARDO, ob. cit., p., 972 que recoge las afirmaciones realizadas por De Gennaro. Asimismo PUGLIESE, ob. cit., p. 49, nota 1. En este sentido dice ASCARELLI, «Contratto misto...», cit., p. 91, que el consentimiento recae sobre la venta a bajo precio y no sobre la compraventa y una posterior donación.

<sup>378</sup> Así ASCARELLI, «Contratto misto...», cit., p. 89, que encuadra el «negotium mixtum cum donatione» en la figura del negocio indirecto. En la misma línea, DISTASO, ob. cit., pp. 366 y ss. También PUGLIESE, ob. cit., p. 49, nota 1, quien dice que una «causa» que exista o falte según la variabilidad de los motivos psicológicos de las partes no es realmente una «causa». Solamente puede tenerse por tal aquella que forme parte de una concreta especie negocial y se manifieste en la estructura externa del negocio, pero no aquella que existe solamente en el espíritu de las partes.

<sup>379</sup> TORRENTE, ob. cit., p. 44.

<sup>380</sup> Hay quien estima que para que el «negotium mixtum cum donatione» pueda considerarse un negocio mixto las partes han de realizar una clara y expresa atribución del carácter de donación al acto en cuestión en cuanto a la parte del precio que haya sido reducida o aumentada, según se trate, respecto del valor de la cosa. FERRANDIS VILELLA, *Notas al Derecho de obligaciones de Enneccerus*, cit., 1.ª parte, p. 226. En el mismo sentido, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, cit., p. 116. ORTEGA PARDO, ob. cit., pp. 975 y ss., entiende que el «negotium mixtum...» será según las circunstancias del caso un negocio mixto o una donación indirecta: «cuando de la contextura del negocio celebrado pueda deducirse claramente la existencia de dos elementos típicos distintos que las partes conjugan para formar un sólo contrato con el fin de actuar a la vez y en un mismo plano una venta y una liberalidad, se funden esas dos causas típicas y el “negotium mixtum cum donatione” que se opera debe calificarse como mixto».

<sup>381</sup> Debe tenerse en cuenta, además, que, al igual que sucede en el supuesto de donaciones disimuladas bajo forma de compraventa, el empleo de este procedimiento —«negotium mixtum cum donatione»— para efectuar una liberalidad excluye la posibilidad de que el donante actúe irreflexivamente al desprenderse de sus bienes. De ahí que no resulte necesario, desde el punto de vista del donante, que el negocio adopte la forma de la donación.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

independencia de que, respecto de la atribución patrimonial obtenida gratuitamente por el beneficiario, resulten aplicables las reglas de fondo (reducción, colación, etc.) previstas para aquella.

Una última cuestión que ha de abordarse es si la compraventa con precio irrisorio merece la misma calificación que aquella en que existe una simple desproporción entre las prestaciones. Obviamente la frontera entre precio módico y precio irrisorio no puede establecerse en abstracto, es una apreciación que sólo puede realizarse en el caso concreto, pero, ¿puede considerarse una compraventa en que el precio es tan evidentemente desproporcionado que adquiere el carácter de «simbólico», resultando visible el propósito de liberalidad, un «negotium mixtum cum donatione»?

En la jurisprudencia francesa existe cierta tendencia a calificar el contrato de compraventa con precio módico como donación indirecta y, como donación disimulada, si el precio es ridículo o irrisorio<sup>382</sup>. Por lo que respecta al Derecho español LACRUZ señala que la estipulación de un precio irrisorio en la compraventa se asimila en algunos casos a la estipulación de un precio simulado o no auténtico<sup>383</sup>, de lo que podría deducirse que la fijación de un precio totalmente desproporcionado determina la calificación del negocio como simulado, susceptible de encubrir una donación.

Sin embargo, es unánimemente admitido que, si bien el concepto de onerosidad no implica una total equivalencia de las prestaciones, por lo que el precio de la compraventa no ha de ser justo<sup>384</sup>, dicho precio sí ha de ser serio<sup>385</sup>. Dicho de otro modo, la desproporción del precio no puede ser tal que excluya su contenido económico quedando reducido a una entidad puramente formal<sup>386</sup>. Pensamos que la fijación de un precio ridículo, más que equiparable a la estipulación de un precio simulado o ficticio, es equiparable a la inexistencia de precio, puesto que carece del carácter de «seriedad» que es imprescindible para que haya de tenersele por tal<sup>387</sup>. Una compraventa con precio irrisorio no es apta para encubrir una donación puesto que la mención de un precio

---

Ello podría plantearse desde el punto de vista de los terceros ya que, como es lógico, a éstos interesa tener conocimiento de la cuantía que, conforme a la intención de las partes, es objeto de la atribución patrimonial gratuita. Sin embargo, ya se ha dicho que la función de la forma de proteger a los terceros carece de relevancia práctica. A ello ha de añadirse, por otra parte, que no parece sensato exigir, bajo pena de nulidad, que siempre que exista una desproporción entre las prestaciones de un negocio oneroso las partes declaren expresamente al celebrar el negocio el valor que consideran —en su caso— objeto del acto de liberalidad.

<sup>382</sup> Vid. MONTREDON, ob. cit., p. 125.

<sup>383</sup> LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 29.

<sup>384</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 348; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, cit., p. 147; LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 33; ASCOLI, *Trattato*, cit., p. 438; FERRARA, ob. cit., p. 348.

<sup>385</sup> ORTEGA PARDO, ob. cit., p. 969; DISTASO, ob. cit., p. 369, nota 17.

<sup>386</sup> PUGLIESE, ob. cit., p. 47, nota 2.

<sup>387</sup> Así PONSARD, ob. cit., p. 186.

serio es necesaria para generar la apariencia de onerosidad y con ello permitir la ocultación de otro negocio. En otras palabras, el establecimiento de un precio absolutamente desproporcionado hace visible el propósito de liberalidad. De ahí que se afirme que si el precio es irrisorio no hay donación indirecta ni disimulada sino donación directa y ostensible que será nula si no reviste la forma que le es inherente<sup>388</sup>.

Opinamos pues que si el precio carece de toda correspondencia posible con la cosa, la venta habrá de considerarse nula por falta de uno de sus elementos esenciales, sin que pueda apreciarse la existencia de una donación disimulada —obviamente, tampoco de un «negotium mixtum cum donatione» o una donación indirecta (entendiendo por tal un acto de liberalidad que resulta de un negocio distinto de la donación)— en la medida que tal donación es externamente reconocible<sup>389</sup>. Existirá en todo caso, y aunque las partes la califiquen como venta, una donación propiamente dicha que necesita para su validez todos los requisitos —incluidos los formales— exigidos para ésta por la ley<sup>390</sup>.

<sup>388</sup> PONSARD, ob. cit., p. 186.

<sup>389</sup> Así, ORTEGA PARDO, ob. cit., pp. 969, 970; FERRARA, ob. cit., p. 213; PUGLIESE, ob. cit., pp. 47 y 48, nota 2. También, DISTASO, ob. cit., p. 369, nota 17.

<sup>390</sup> La Sentencia de 19 de noviembre de 1987 se dictó a propósito de una compraventa con precio irrisorio (se trataba de la venta de una bodega —cuyo precio fue fijado por tasación pericial en 20.520.963 pesetas— por 800.000). Esta Sentencia considera válida la donación que se decía oculta afirmando que «para resolver este problema jurídico ha de tenerse en cuenta en primer lugar las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, de las que en el ahora debatido se deduce que por el precio más bien simbólico dado a los inmuebles vendidos, por la aceptación del simulado comprador de la venta que se le hace, la descripción de los bienes objeto del contrato y sus cargas, la causa gratuita que de todo ello se deriva... existió en el caso debatido una verdadera donación dotada de todos los requisitos que la hacen eficaz en este aspecto». Aunque, como se ha visto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a si la escritura pública de compraventa vale como forma de la donación es vacilante, en este caso, dado que el precio de la compraventa era irrisorio, resultaba evidente el propósito de liberalidad por lo que la solución del Tribunal Supremo no podía ser otra.

Lo mismo sucede en la Sentencia de 13 de diciembre de 1993 que se refiere a un supuesto en que la demandada —posteriormente reconviente— otorgó dos contratos de compraventa en favor de su hijo por un precio totalmente desproporcionado al valor de los bienes. La Sala de apelación, frente a la alegación de la reconviente que solicitó la nulidad de las compraventas por simulación y, subsidiariamente, la revocación por ingratitud de tales transmisiones, no apreció la existencia de simulación absoluta ni relativa. Se planteó recurso de casación por la demandada reconviente que sostenía la existencia de sendas donaciones encubiertas, nulas por causa ilícita e infracción del artículo 633 C.c. El Tribunal Supremo, tras indicar que la existencia de la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación de los tribunales, lo cual habría sido suficiente para desestimar el recurso, afirmó que, resultando probado que no existió daño a la legítima de los demás herederos forzosos y que se observó la formalidad de otorgamiento de escritura pública, la donación encubierta sería, en cualquier caso, válida por resultar el «animus donandi» y la realidad de un contrato de donación dotado de escritura pública de compraventa con aceptación expresa o concluyente de los intervinientes» (F. J. 3.º). (Esta Sentencia se encuentra comentada en *CCJC*, 1994, n.º 34, por Petit Segura).

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 14 de marzo de 1995, que considera válida una donación realizada bajo apariencia de compraventa con precio que se califica en la propia Sentencia de «simbólico». En ella se dice que, aunque la doctrina del Tribunal Supremo es fluctuante en esta materia, «es



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

### IX. EL PODER PARA DONAR. LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE FORMA A SUPUESTOS NO PREVISTOS EXPRESAMENTE EN LA NORMA

Al examinar, al comienzo de esta obra, los principios rectores en materia de forma en el Derecho comparado, pusimos de manifiesto que tanto en el Derecho italiano como en el Derecho alemán se aplican ciertas exigencias formales a supuestos no previstos en la ley. La posibilidad de aplicar cualquier norma a supuestos no expresamente contemplados en la misma puede ser consecuencia, bien de su interpretación extensiva, bien de su aplicación analógica. Conviene precisar en primer lugar qué se entiende por una y otra noción.

Por interpretación extensiva se entiende aquella interpretación correctora de la norma, consecuencia de una falta de adecuación entre el tenor literal de ésta y su «ratio». Se corrige la norma considerando comprendidos en su ámbito supuestos que no recoge expresamente pero que, conforme a su espíritu y finalidad, deben quedar incluidos en ella. Dicho de otro modo, se amplía la letra de la ley comprendiendo en la misma supuestos de hecho que, no estando previstos expresamente, lo están implícitamente pues así se infiere de su finalidad. La analogía, en cambio, se considera un procedimiento de integración<sup>391</sup> del Derecho dirigido a colmar lagunas. Se da cuando se

---

pacífica cuando exige tener en cuenta las circunstancias de cada caso y dar validez a la donación de inmuebles encubierta bajo compraventa otorgada en escritura pública, siempre que aparezca probado el ánimo de liberalidad del donante en las gratuitas, o la causa retributiva en las onerosas» (F. J. 2.º).

Esta Sentencia cuenta, sin embargo, con un voto particular de Gullón Ballesteros, quien opina, siguiendo la doctrina clásica del Tribunal Supremo, que «el requisito de forma debe cumplirse clara y directamente, la voluntad de donar y la aceptación del donatario debe hacerse constar como tal voluntad, no como la voluntad de vender y comprar». Con independencia de que se pueda considerar o no acertada la tesis clásica del Tribunal Supremo, pensamos que, aun de aplicarse la misma a este caso, no podría concluirse sosteniendo la nulidad de la donación puesto que, al ser el precio tan evidentemente desproporcionado respecto del valor de la cosa, queda patente en la escritura pública de compraventa el ánimo de liberalidad del transmitente.

<sup>391</sup> Los límites entre la actividad interpretativa y la actividad integradora no son precisamente claros. Así, mientras para LARENZ (*Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de Rodríguez Molinero, 2.ª ed., Barcelona, 1980, pp. 319, 319, 351) el sentido literal posible de una norma marca el límite de la interpretación de manera que cuando se va más allá de ese límite con base a la finalidad de la disposición se trata en realidad de «integración de lagunas, de analogía, o de reducción teleológica», para BETTI, (*Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. por De los Mozos, Madrid, 1975, pp. 127 y ss.), la integración de una disciplina que adolece de lagunas ha de situarse en el plano interpretativo.

DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, pp. 482 y 483, ya indicaba que si bien se ha intentado separar «la analogía, como función creadora o integradora del Derecho, de la interpretación extensiva, como investigación del sentido de la ley... resulta más acertada la opinión de los autores que ven, entre la analogía y la interpretación sólo una diferencia de grado». En la misma línea CAIANI, voz «Analogía», en *Enciclopedia del Diritto*, t. II, p. 356, afirma que «no puede fundarse válidamente una distinción cualitativa entre interpretación e integración y, por tanto, entre interpretación extensiva y analogía».

aplica una norma a un supuesto de hecho no contemplado directamente por ninguna norma y no regulado tampoco por aquélla (que no lo prevé, ni siquiera implícitamente) pero en el que concurre la misma «ratio», esto es, la misma razón que justifica la imposición de la consecuencia jurídica prevista en la norma en cuestión<sup>392</sup>.

Distinguir cuándo se está ante una u otra actividad –lo que, aunque parece fácil desde un punto de vista teórico no lo es tanto en la práctica<sup>393</sup>– es importante en la medida que se piense que la prohibición de aplicar analógicamente las normas excepcionales –entre las que suele incluirse las que establecen determinadas prescripciones de forma– no impide que puedan ser interpretadas extensivamente<sup>394</sup>. De hecho, uno de los argumentos que esgrime la doctrina italiana para justificar la aplicación de ciertas reglas de forma a supuestos no previstos en la ley<sup>395</sup> es que, si bien tales normas, en cuanto excepcionales, no son susceptibles de aplicación analógica, sí pueden ser interpretadas extensivamente<sup>396</sup>. El principio de libertad de forma, se dice, no comporta la

<sup>392</sup> Vid. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, pp. 474 y 480; SALVADOR CODERCH, «Comentario al artículo 3.1 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t. I, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1992, p. 525; ROCA TRÍAS, «Comentario al artículo 4 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, 1.º, cit., pp. 601, 602; VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975, pp. 178 y ss.; LARENZ, *Metodología*, cit., pp. 374 y ss.; CAIANI, voz «Analogía», cit., p. 605; BOBIO, voz «Analogía», en *Novissimo Digesto italiano*, t. I, 1.º, p. 605.

<sup>393</sup> Prueba de ello es que, mientras VILLAR PALASÍ, ob. cit., p. 214, considera como ejemplo de la interpretación extensiva el «interpretar hijos como comprendiendo también los nietos», LARENZ, *Metodología*, cit., p. 351, afirma que sería analogía, y no interpretación extensiva, el equiparar los nietos a los hijos.

Para Díez-Picazo, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, 3.º ed., Barcelona, 1993, p. 280, se actúa por vía analógica cuando se traslada la norma de un marco institucional a otro. Se opera, en cambio, por vía de interpretación extensiva si se mantiene la norma dentro de su marco institucional pero se entienden incluidos en el concreto supuesto de hecho normativo más casos que aquellos que su literalidad encierra.

<sup>394</sup> El artículo 4.2 C.c. dispone: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». La doctrina entiende que este precepto no impide la interpretación extensiva de las normas excepcionales proscribiendo sólo el uso de la analogía. (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general del Derecho civil*, vol. 1.º, nueva ed. rev. y adicionada por Delgado Echeverría, Barcelona, 1988, p. 277; Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, I, 7.ª ed., 1989, reimp. Madrid, 1990, p. 195; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., p. 479, en relación al Derecho anterior a la reforma del título preliminar). GULLÓN, «Comentario al artículo 4 C.c.» en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, p. 31, dice en este sentido que «si la interpretación tiene por finalidad averiguar el sentido de la ley, cuando una palabra es inadecuada para expresarlo hay que darle el significado correspondiente a aquel espíritu. Las normas excepcionales deben desplegar su fuerza obligatoria en los límites que el legislador quiso establecer; si no se pueden traspasar, tampoco es lícito no llegar a ellos».

ROCA TRÍAS, ob. cit., pp. 615 y 616, entiende, por el contrario, que el Derecho excepcional no es susceptible de interpretación extensiva: «si fuera posible la interpretación extensiva ello significaría que ampliaríamos el supuesto de aplicación de la norma excepcional, sustrayendo a la normativa general unos supuestos que tienen su regulación en las normas regulares».

<sup>395</sup> *Supra*, cap. I, apart. II, 2, B.

<sup>396</sup> BIANCA, *Diritto civile*, t. III, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 282.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

necesidad de una aplicación estrictamente literal de las singulares prescripciones formales. Requiere solamente que no se haga una aplicación analógica de ellas pero no impide que se haga una interpretación finalista de las mismas que permita evitar tratamientos normativos desiguales respecto de casos iguales<sup>397</sup>.

La distinción entre interpretación extensiva y aplicación analógica, aun siendo importante, pierde trascendencia cuando se sitúa la prohibición de aplicar analógicamente las normas excepcionales —que conviene no confundir con las normas especiales<sup>398</sup>— en sus justos términos. Las normas excepcionales no son susceptibles de aplicación analógica en tanto en cuanto el principio que las rija, al suponer una desviación de la regla general, carezca de poder de expansión, es decir, no pueda repetirse en una situación distinta a la prevista en la norma. No es tanto la existencia de una prohibición legal como la propia estructura lógica de la norma lo que justifica que no sea posible aplicarla analógicamente. Así sucede con las normas creadoras de privilegios —respecto de las cuales puede decirse que el supuesto descrito en la norma es presupuesto necesario e indispensable para la aplicación de la consecuencia jurídica pues difícilmente pueden verificarse casos en que concurra «eadem ratio»— pero no ocurre lo mismo con todas las normas excepcionales. Es posible que el principio en que se base una determinada proposición jurídica excepcional, aun siendo más estricto que el de la norma general, tenga una cierta amplitud. Pues bien, dentro de ese ámbito está permitida la aplicación analógica. Si el elemento que ha sido tomado en consideración por la norma excepcional para establecer una determinada consecuencia jurídica concurre en un supuesto de hecho diferente al previsto en la misma no hay ninguna razón que impida acudir a la analogía<sup>399</sup>.

---

Dado que en el Derecho italiano se entiende que la prohibición de usar la analogía respecto de las normas excepcionales (art. 14 de las disposiciones preliminares) no impide que tales normas puedan ser interpretadas extensivamente, es habitual que los tribunales califiquen como interpretación extensiva lo que no es sino aplicación analógica con el objeto de eludir dicha prohibición. BOBBIO, ob. cit., p. 606.

<sup>397</sup> VITUCCI, «Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni» en *Studi in onore di Giorgianni*, cit., pp. 817, 820 y 821.

<sup>398</sup> Se entiende por norma excepcional aquella que deroga una regla general o contrasta o entra en colisión con principios jurídicos fundamentales (BOBBIO, ob. cit., p. 605; CAIANI, ob. cit., p. 369). El Derecho especial es, en cambio, aquel conjunto de normas dirigido a regular una determinada materia, una categoría limitada de supuestos, conforme a unos principios propios y distintos a los del Derecho general que pueden ser adaptación de éstos o principios nuevos. Por ejemplo, son normas especiales, frente a las contenidas en el Código civil, las pertenecientes a la legislación de arrendamientos urbanos. (GULLÓN, «Comentario...», cit., p. 30; BETTI, *Interpretación*, cit., p. 171; vid. también VILLAR PALASÍ, ob. cit., p. 201, nota 46). Puesto que el Derecho especial está regido por sus propios principios, dentro del límite de su especialidad, cabe tanto la aplicación analógica como la interpretación extensiva (ROCA TRÍAS, ob. cit., p. 615; DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., p. 483).

<sup>399</sup> CAIANI, ob. cit., p. 367, 368; BOBBIO, ob. cit., p. 606; BETTI, *Interpretación de la ley*, cit., p. 161; ROTONDI, voz «Interpretazione della legge», en *Novissimo Digesto italiano*, t. VIII, p. 900.

PERLINGIERI reivindica la posibilidad de aplicar analógicamente las normas que imponen ciertas prescripciones formales. Las reglas de forma, afirma este autor, deben ser objeto de un análisis dirigido a determinar la finalidad que persiguen y los intereses que con ellas se pretenden tutelar. Si se da un supuesto en el que concurre la misma «ratio» que justifica la imposición de una concreta prescripción formal y existen las mismas razones que aconsejan su establecimiento en la hipótesis prevista en la ley, cabe la posibilidad de aplicar analógicamente la regla de forma<sup>400</sup>.

De lo expuesto se desprende que no puede negarse *a priori* ni la posibilidad de extender el tenor literal de una norma que exija una determinada forma para algún negocio ni la posibilidad de aplicarla analógicamente. Tanto en un caso como en otro será necesario indagar cuál es el fundamento de la prescripción formal. La aplicación de la norma al supuesto no previsto en ella estará especialmente justificada cuando su no aplicación determine la vulneración de la finalidad con que se estableció la prescripción formal<sup>401</sup>.

---

<sup>400</sup> Dice PERLINGIERI (*Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, pp. 36, 41 y ss., 54; también, «Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia», en *Studi in onore di Giorgianni*, cit., p. 577 y ss.) que el carácter excepcional o no de una norma no puede ser extraído de su confrontación exclusiva con un sólo principio o regla –en concreto con una norma que imponga la libertad de forma (que, por otra parte, no viene expresamente plasmada en el Código civil italiano)– sino que aquélla ha de presentarse como tal en el contexto del entero ordenamiento jurídico. Para llegar a tal conclusión es necesario individualizar los intereses que la justifican y valorar su adecuación y compatibilidad con los valores del sistema. De ahí que sea necesario determinar la «razón suficiente» de la prescripción de forma. El hecho de que una norma derogue el principio general de libertad de forma no basta para considerarla excepcional, especialmente, si teniendo una «ratio» peculiar, no excluye la posibilidad lógica o de hecho de que pueda verificarse un supuesto de hecho en que concurre la misma «ratio». Excepcional será solamente aquella norma que esté de por sí privada de poder de expansión en cuanto represente una desviación o fractura de la lógica del ordenamiento.

VON THUR, *Derecho civil*, II, 2.º, *Los hechos jurídicos, el negocio jurídico*, trad. argentina, Buenos Aires, 1947, p. 182, considera también que respecto de las reglas de forma cabe hacer uso de la analogía.

<sup>401</sup> La doctrina italiana observa que cuando la forma se impone en atención al contenido del negocio (a alguna de las prestaciones que lo caracterizan) o a los efectos que produce, dicha forma debe ser exigida para todos los negocios –típicos o atípicos– que contengan la prestación o produzcan los efectos tomados en consideración por la norma ya que, de otro modo, se burlaría la finalidad de la prescripción formal. Por ello se consideran en el Derecho italiano sujetos a la necesidad de forma escrita todos aquellos negocios que provocan efectos reales de carácter inmobiliario, aunque no estén expresamente comprendidos en el artículo 1.350 C.c. (por ej. el contrato por el que los comuneros modifican sus cuotas en la copropiedad), y aquéllos que contienen una prestación de uso de un inmueble por período superior a nueve años (art. 1.350.8 y 9). VITUCCI, «Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni», cit., p. 820; DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma (Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992, pp. 27 y ss.; 34 y ss.

Es también significativa la tesis alemana que considera exigible para el precontrato la forma del contrato definitivo sólo en aquellos casos en que la finalidad de la misma es proteger a los contratantes contra la precipitación. No, en cambio, cuando su finalidad es facilitar la prueba del contrato, el conocimiento de éste por los terceros, o clarificar el contenido negocial. En tales casos para la consecución de dicha finalidad basta que se documente el contrato definitivo en la forma exigida. Vid. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsver-*

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

En relación con lo dicho cabe preguntarse si, con independencia de lo dispuesto en el artículo 1.280.4<sup>402</sup>, debe exigirse para el negocio de apoderamiento la forma requerida con carácter «ad solemnitatem» para el negocio representativo y, por tanto, si el poder para donar debe revestir la forma exigida para la donación.

En el Derecho francés y alemán la posibilidad de exigir la forma del negocio representativo para el apoderamiento sólo se plantea cuando la misma está prescrita en interés de los contratantes y para su protección, no cuando la finalidad de la forma es otra –v. gr. dotar de publicidad al negocio en relación con los terceros– ya que en este caso se entiende que para la consecución de tal objetivo no es necesario que el poder conste en la forma del negocio para el que se otorga<sup>403</sup>. La jurisprudencia y la doctrina alemanas exigen además, para que sea aplicable la forma del negocio representativo al apoderamiento, que el otorgamiento no formal del poder conlleve la elusión de la prescripción de forma. Ello sucede –según manifiestan los autores alemanes, siguiendo las directrices de la jurisprudencia– cuando el poderdante se coloca, con la concesión del poder, en la misma situación en que si hubiese concluido el negocio, esto es, cuando se otorga un poder irrevocable, en interés del apoderado o de un tercero<sup>404</sup> o el representante debe atenerse estrictamente a las instrucciones del principal<sup>405</sup>.

---

*trag, Vorrechtvertrag, Eine dogmatische-systematische Untersuchung der vertragliche Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss*, Berlín-Tübingen, 1965, pp. 152 y ss.

<sup>402</sup> Vid. *supra*, cap. I, apart. III, 4.

<sup>403</sup> JOSSERAND, *Derecho civil*, t. II, 2.º, rev. y completado por Brun, trad. argentina, Buenos Aires, 1951, pp. 358 y 359; RODIÈRE, voz «Mandat», en *Encyclopédie Dalloz*, t. V, p. 10.

Para el Derecho alemán vid. nota 405.

<sup>404</sup> En el Derecho español se admite la irrevocabilidad del poder siempre que exista una causa suficiente que la justifique estimándose que la irrevocabilidad puede ser absoluta o real (extinción por vía de renuncia del derecho de revocar) o relativa u obligacional (asunción por el poderdante de la obligación de no revocar). La primera sólo se da cuando la justificación de la irrevocabilidad del poder de representación se halla en la existencia de otros intereses distintos de los del representado (los del representante o los de un tercero que se verían lesionados por la revocación del poder) pero en este caso no existe verdadera representación (que requiere que el representante actúe en interés del representado) utilizándose el apoderamiento como mecanismo instrumental al servicio de una relación fiduciaria o negocio indirecto. Díez-Picazo, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pp. 304 y ss.; Rivero Hernández, en *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general del Derecho civil*, vol. 3.º, *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1990, pp. 322 y ss.; Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, 1.º, 2.ª parte, *Parte general, sujeto y objeto del derecho*, por Puig Ferriol, Barcelona, 1979, pp. 944 y 945.

<sup>405</sup> Aunque el parágrafo 167.2 del B.G.B. dispone que el poder no necesita la forma del negocio representativo, dicha regla es criticada indicando que no tiene en consideración la conexión estructural («sachstrukturellen Zusammenhang») entre poder y negocio representativo allí donde la forma no tiene como función la prueba sino la protección de los contratantes (así, parágrafos 313 –negocio obligatorio dirigido a la enajenación de una finca– 518 –promesa de donación– y 766 –contrato de fianza–). En tales casos se procede a una reducción teleológica («teleologische Reduktion») de la regla general de libertad de forma con base a los criterios expuestos. Cuando la forma tiene otra finalidad no se exige, en cambio, con independencia de que se den las circunstancias enumeradas en el texto, es decir, aunque el poderdante se coloque en la misma situación que si hubiese celebrado él el negocio representativo, que el poder la observe. Por ejem-

Habida cuenta de que la forma de la donación tiene como fin, entre otros, el proteger al donante contra decisiones poco meditadas poniendo freno a repentinos impulsos de generosidad, es lógico cuestionarse si el poder para donar debe otorgarse en la forma requerida en los artículos 632 y 633 para la donación<sup>406</sup>. En nuestra opinión la solución dependerá en buena medida de que se entienda o no que al otorgar el poder el «dominus» manifiesta ya una voluntad negocial dirigida a asumir los efectos del negocio representativo. En caso afirmativo, puede entenderse que, al prestar ya el «dominus» su consentimiento a la donación, la protección que dispensan las reglas de forma de la donación sólo se consigue si el negocio de apoderamiento consta en la forma requerida para ésta<sup>407</sup>. El poder para donar, por las propias características de este negocio en el que la decisión de donar implica una valoración personal y subjetiva del donante<sup>408</sup>, requiere, no sólo que se conceda específicamente la facultad de llevar a cabo la donación, sino también que se designe la persona del donatario y el objeto de la donación, es decir, el poder además de ser expreso<sup>409</sup>,

---

plo, no es preciso que el poder para ceder acciones de una sociedad de responsabilidad limitada conste en la forma necesaria para este negocio ya que dicha forma sólo tiene como objeto impedir la especulación. DILCHER, «Comentario al parágrafo 167 del B.G.B.», en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, t. I, 12.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1980, pp. 665 y ss.; SCHRAMM, «Comentario al parágrafo 167 del B.G.B.», en *Münchener kommentar zum B.G.B.*, t. I, 3.<sup>a</sup> ed., München, 1993, pp. 1.449 y ss.; HEINRICHS, «Comentario al parágrafo 167 del B.G.B.», en *Palandt Kommentar zum B.G.B.*, 49.<sup>a</sup> ed., München, 1990, p. 160.

<sup>406</sup> Cuando la forma no se requiere para la validez del contrato sino para que produzca ciertos efectos (eficacia real –arts. 1.628, 1.667, 1.875–, oponibilidad frente a terceros –art. 1.526–, posibilidad de acceso al Registro y consiguiente eficacia frente a terceros de los derechos derivados del contrato –art. 1.280.1 y 2–, nacimiento del derecho de prelación del acreedor pignoraticio –art. 1.865–, etc.) no hay razón alguna para exigir que el poder conste en la forma prescrita para el negocio representativo. En este sentido observa DÍEZ-PICAZO, *La representación*, cit., p. 145, que para sostener que el poder precisa la misma forma del negocio representativo «sería menester que la voluntad del principal, en cuanto voluntad de los efectos jurídicos, tuviese validez únicamente incorporada a una determinada forma, de tal manera que la forma fuese el único vehículo de manifestación de esa voluntad, como ocurre, por ejemplo, con la voluntad testamentaria».

<sup>407</sup> Esta es la razón en que se basa la doctrina francesa para exigir que el poder para celebrar ciertos negocios –entre ellos, el poder para donar– conste en la forma requerida para éstos. Se afirma que el poder y el acto a cumplir constituyen un todo indivisible y que es al otorgar el poder cuando el principal da su consentimiento. GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, París, 1975, pp. 405 y ss.; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. 1.<sup>o</sup>, *Obligations, Théorie générale*, 6.<sup>a</sup> ed., por Chabas, París, 1978, p. 63.

<sup>408</sup> TORRENTE, *La donazione*, cit., p. 351, observa que la naturaleza misma del contrato de donación, con el enriquecimiento ajeno y el empobrecimiento del donante que implica, imprime a la volición del donante un carácter inconfundible de personalidad que es desconocido en otros contratos. Mientras que en otros contratos la elección de la otra parte contratante es como regla indiferente y la determinación del objeto está en relación económica con la contraprestación no ocurre así en la donación. En ella tanto uno como otro elemento son fruto de una valoración exclusivamente personal y subjetiva.

<sup>409</sup> El artículo 1.713 C.c., precepto que se considera aplicable al poder, dice que «para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso». El término «expreso» se utiliza aquí en sentido diferente al que se emplea en el artículo 1.710 (como opuesto a «tácito») y, según entiende la doctrina, quiere decir específico para ese tipo de actos, es decir, que debe constar la voluntad del poderdante de conferir al representante la facultad de realizar actos de disposición –en

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

ha de ser especial<sup>410</sup>. Dado que, según afirma la doctrina más autorizada, el otorgamiento de un poder especial –se faculta al apoderado para realizar un acto cuya naturaleza se delimita y cuyo objeto se delimita también<sup>411</sup>– «presupone necesariamente la voluntad del poderdante de llevar a efecto el acto contemplado», es decir, éste (el poderdante) «manifiesta una voluntad actual respecto de un acto concreto»<sup>412</sup> hay que concluir afirmando que el poder para donar debe respetar la forma exigida en los artículos 632 y 633 para la donación.

Cuando el poder debe constar en la forma del negocio representativo por ser ésta «ad solemnitatem», hay que pensar que la omisión de dicho requisito, en cuanto ocasiona la nulidad del apoderamiento, determina en relación al negocio representativo la misma consecuencia que la falta de poder, es decir, el negocio celebrado por el representante será ineficaz para el principal pero podrá ratificarlo<sup>413</sup>. Ahora bien, la ratificación, en la medida que viene a suplir la inexistencia –o la nulidad en nuestro caso– del poder, deberá hacerse en la forma necesaria para el negocio de apoderamiento<sup>414</sup>.

---

general o sólo alguno de ellos: transigir, hipotecar...– sin que la misma pueda presumirse. DÍEZ-PICAZO, *La representación*, cit., pp. 178 y 180; ALBALADEJO, «La representación», en *ADC*, 1958, p. 783; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Parte general del Derecho civil*, vol. 3.º, cit., p. 319; LEÓN ALONSO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XXI, 2.º, Madrid, 1986, pp. 109 y ss.

<sup>410</sup> Así se afirma en el Derecho francés (BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN, *Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, vol. I, cit., n.º 1.116, p. 515; PLANIOL y RIPERT-TRASBOT y LOUSSOUARN, *Traité pratique de Droit civil français*, t. V, cit., p. 466) y en el Derecho italiano aunque en éste se admite, por aplicación del artículo 778 C.c., que se refiere al mandato para donar, que el representante elija a la persona del donatario de entre varias designadas por el donante o pertenecientes a una determinada categoría –que no debe ser tan amplia que deje al tercero un arbitrio indiscriminado, v. gr. los españoles– y que elija el objeto de la donación de entre una serie de cosas determinadas por el donante o dentro de un límite de valor establecido por éste (BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 87; TORRENTE, *La donazione*, cit., pp. 351 y ss.).

<sup>411</sup> DÍEZ-PICAZO, *La representación*, cit., p. 173.

Generalmente se entiende que mientras el carácter expreso del poder a que alude el artículo 1.713 atiende a las facultades concedidas al apoderado, es decir, a los actos que éste puede realizar en relación a un asunto o negocio, a varios de ellos o la totalidad de los concernientes al principal (a la extensión del poder, en suma) la generalidad o especialidad del mismo –art. 1.712 C.c.– se refiere a los asuntos que el representante puede gestionar (al objeto sobre el que recae el poder). LEÓN ALONSO, ob. cit., pp. 103 y ss.; ALBALADEJO, «La representación», cit., pp. 782, 783. Toda vez que se faculte al representante para realizar determinados actos con referencia a un determinado bien o un concreto negocio del mandante el poder será a la vez especial y expreso.

<sup>412</sup> DÍEZ-PICAZO, *La representación*, cit., pp. 173 y 175.

<sup>413</sup> En este sentido se pronuncia la doctrina alemana. DILCHER, «Comentario al parágrafo 167 del B.G.B.», cit., p. 667; SCHRAMM, «Comentario», cit., p. 1.451.

<sup>414</sup> Dice DÍEZ-PICAZO, *La representación*, cit., p. 226, que «si lo que la ratificación viene a hacer es suplir *a posteriori* la previa inexistencia del poder, no hay que aplicarle los requisitos de forma del negocio principal, sino los requisitos de forma del poder». En caso de no observarse la forma requerida para la validez de la ratificación, señala este autor que cabe pensar que «que la ratificación informal da lugar a la aplicación del principio de la inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*, si quien pretende su invalidez, fundándose en la informalidad, es el propio ratificante. En cambio, parece que será legítimo que considere la ratificación como no hecha el tercero que contrató con el gestor».

La posibilidad de aplicar analógicamente las reglas de forma de la donación se había planteado en el Derecho español en relación al negocio fundacional<sup>415</sup> ya que hasta ahora la ley sólo regulaba la forma del negocio de fundación cuando se trataba de fundaciones laborales (art. 3 del Decreto de 16 de marzo de 1968; art. 2 de la Orden de 25 de enero de 1962). Nada se prevía para las fundaciones benéficas y, para las culturales, el artículo 5 del Reglamento de 1972 decía que «la voluntad fundacional puede manifestarse en cualquier forma *susceptible de producir efectos jurídicos*», expresión esta última de la que parecía deducirse que no siempre cualquier forma era válida para el negocio fundacional y que este precepto establecía una remisión al resto del ordenamiento para determinar qué forma es necesaria en cada caso<sup>416</sup>. El que las normas que imponen la solemnidad de la donación tengan carácter excepcional no impide, como hemos dicho, que sean susceptibles de aplicación analógica. Tampoco es obstáculo para ello el que, tanto en el Derecho español como en el Derecho comparado, la tendencia sea el hacer de tales normas una interpretación literal y no extensiva. Ello es consecuencia, simplemente, de un análisis según el cual se entiende que la «ratio» de tales preceptos no autoriza a extender, *como regla general*, la exigencia de forma a todos aquellos supuestos en que se obtenga una liberalidad mediante un negocio o acto jurídico distinto al contrato típico de donación. Este hecho no impide, sin embargo, que en *casos concretos*, y si existen razones que lo justifiquen, pueda aplicarse extensiva o analógicamente las reglas de forma de la donación.

La solemnidad de la donación se impone, como venimos reiterando, en atención a su carácter de acto de liberalidad y no, meramente, en atención a su carácter gratuito. Si bien es cierto que el efecto patrimonial que provoca el negocio fundacional no encaja estrictamente en el concepto de acto de liberalidad –no se produce un enriquecimiento de un sujeto a costa de otro sujeto sino la constitución de una persona jurídica<sup>417</sup>, instrumento técnico usado para destinar el conjunto de bienes objeto de la dotación a un determinado fin<sup>418</sup>– no puede perderse de vista que es la disminución patrimonial que sufre el donante –y los consiguientes perjuicios que ello puede ocasionarle– y no el enriquecimiento del donatario lo que justifica el carácter solemne de la donación. Desde esta perspectiva, y puesto que el fundador lleva a cabo una disposición gratuita, puede estimarse que en el negocio fundacional concurre la misma «ratio» que justifica la

---

<sup>415</sup> Vid. CAFFARENA, *El régimen jurídico de las fundaciones: Estudio para su reforma*, Madrid, 1991, pp. 52 y ss.

<sup>416</sup> CAFFARENA, ob. cit., p. 55, nota 115, in fine.

<sup>417</sup> Sobre ello vid. CAFFARENA, ob. cit., p. 46, nota 92.

<sup>418</sup> CAFFARENA, ob. cit., p. 44. Observa este autor que el negocio fundacional es un negocio único que comprende conjuntamente una destinación patrimonial y la creación de una persona jurídica, efectos ambos que se encuentran indisolublemente unidos sin que pueda hablarse de dos negocios, uno fundacional y otro de dotación (pp. 43 y 44).



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

imposición de una determinada forma para la donación<sup>419</sup>. En cualquier caso, tras la publicación de la nueva ley de fundaciones (Ley 30/1994, de 24 de noviembre) el tema queda resuelto ya que su artículo 7.2 dispone que «la constitución de la fundación por acto *inter vivos* se realizará mediante escritura pública otorgada en la forma que determina el artículo siguiente» (que prevé los extremos que debe contener la escritura de constitución).

---

<sup>419</sup> En la doctrina española han venido propugnando la aplicación al negocio de fundación de los preceptos que rigen la forma de la donación, DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pp. 97 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, cit., p. 663; CAFFARENA, ob. cit., pp. 52 y ss., p. 110, texto y nota 45. También en «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones», en *Presente y futuro de las fundaciones*, curso dirigido y coordinado por De Lorenzo García y Cabra de Luna, Madrid, 1990, pp. 40 y ss.



## CAPÍTULO III

### EL CONTRATO DE HIPOTECA

#### I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS



N el Derecho romano la hipoteca no era una figura independiente de la prenda; también en el Derecho histórico español se confunden prenda e hipoteca dentro de una misma institución. Debido a ello es necesario hacer el examen de los antecedentes históricos del contrato de hipoteca juntamente con el de prenda, al menos hasta el momento en que empiezan a configurarse como instituciones independientes.

##### 1. Derecho romano y Derecho intermedio

En el Derecho romano se conocían tres modos de garantía real: la «fiducia», el «pignus» y la «hypotheca». De ellos sólo los dos últimos son derechos reales sobre cosa ajena. La «fiducia cum creditore», la figura más antigua, consistía en la transmi-

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

sión al acreedor de la propiedad de un objeto comprometiéndose éste a devolverlo al deudor cuando pagara la deuda<sup>1</sup>. Al implicar la transferencia de la propiedad de un bien se realizaba mediante alguno de los actos solemnes de transmisión —«mancipatio» o «in iure cessio»— a los que acompañaba un «pactum fiduciae». Este pacto por el cual el acreedor se obligaba a restituir la cosa al deudor no tenía carácter formal<sup>2</sup>.

El «pignus» pasó a suceder a la «fiducia», permitiendo al deudor conservar la propiedad de la cosa aun entregándosela al acreedor. El «pignus» se constituía mediante un acuerdo entre el deudor y el acreedor y la «traditio» o entrega de la cosa a este último<sup>3</sup>. El convenio constitutivo de la garantía no tenía que adoptar ninguna forma específica<sup>4</sup>.

Con el tiempo, el «pignus» fue evolucionando hasta permitir al acreedor ostentar un derecho real de igual contenido sobre una cosa ajena sin necesidad de desplazamiento de la posesión. Tal derecho nacía mediante el simple acuerdo de constitución de la garantía entre acreedor y deudor —que no debía revestir ninguna forma específica— sin necesidad de tradición<sup>5</sup>. Los romanos no mantuvieron —como ocurren en la actualidad respecto de la prenda y la hipoteca— una clara diferenciación entre el «pig-

---

<sup>1</sup> En el Derecho romano no se conocían más derechos reales que la propiedad y las servidumbres, de ahí que se utilizara la transmisión de la propiedad como medio de articular la garantía del acreedor.

<sup>2</sup> ARANGIO RUIZ, *Instituciones de Derecho romano*, trad. argentina, Buenos Aires, 1986, p. 291; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. por Daza Martínez, Madrid, 1986, p. 439; FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, p. 159; TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 1987, pp. 320, 321.

<sup>3</sup> De acuerdo con la diferenciación típicamente romana que separaba los actos obligacionales y los de efectos reales exigiendo para la producción de estos últimos específicos actos de transmisión, la adquisición del derecho real no se producía por el simple convenio, era precisa la tradición. TORRENT, ob. cit., pp. 322, 323; FUENTESECA, ob. cit., p. 123.

<sup>4</sup> BONFANTE, *Instituzioni di Diritto romano*, ristampa della 10.<sup>a</sup> ed., Milano, 1987, p. 366; BURDESE, voz «Pegno» (Dir. romano), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXII, p. 666.

El contrato, además de operar como título constitutivo del derecho de prenda, regulaba las facultades concedidas al acreedor ya que podía pactarse que el acreedor se convirtiera en propietario de la cosa dada en prenda si el deudor no cumplía su obligación o bien que el acreedor, en caso de incumplimiento, pudiera vender a terceros la cosa pignorada. Con el tiempo, este segundo pacto se fue haciendo habitual de modo que en la época postclásica el «ius vendendi» se convirtió en elemento inherente al «pignus» dándose por supuesta su existencia. Vid. VOLTERRA, ob. cit., p. 440.

<sup>5</sup> ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 292; BONFANTE, ob. cit., p. 366; VOLTERRA, ob. cit., p. 441.

El origen de la hipoteca se encuentra en un caso muy concreto: en los arrendamientos rústicos era costumbre que el arrendador conviniera con el arrendatario que los aperos de labranza («invecta e illata») propiedad de este último garantizaran el pago del canon arrendaticio. Nació así el «pignus conventum» ya que el arrendatario continuaba disfrutando y usando los objetos pignorados, adquiriendo el acreedor, en virtud del acuerdo y sin desplazamiento posesorio, el derecho real.

Se ha dicho que el derecho de hipoteca nació contrariando los principios generales del Derecho romano al permitir el nacimiento de un derecho real sin necesidad de tradición (POTHIER, *Traité sur les hypothèques*, t. I, 1.<sup>o</sup>, París, 1809, p. 4) no obstante, debe tenerse en cuenta que, aun cuando el arrendatario no entregaba materialmente los objetos dados en garantía al arrendador, se entendía originariamente que el hecho de introducirlos en el fundo, propiedad del acreedor, equivalía a la «traditio» (MIQUEL, *Curso de Derecho romano*, Barcelona, 1987, p. 295).

Para ARIAS RAMOS («La doctrina de la conventio y el origen de la hipoteca romana», en *RDP*, 1943, t. XXVII, pp. 213 y ss.) el origen de la hipoteca romana se encuentra en una proyección de la

nus» y la «hypotheca»<sup>6</sup>, en este sentido dice TORRENT que el «pignus» genéricamente podía constituirse en las fuentes clásicas mediante «traditio» (con entrega de la posesión) o mediante acuerdo, «conventio pignoris» sin desplazamiento de la posesión<sup>7</sup> y sin que se exigiera requisito formal alguno para dicho acuerdo.

Es importante señalar que, frente a lo que ocurría en el Egipto greco-romano donde existía un perfecto sistema de publicidad inmobiliaria<sup>8</sup>, los romanos no articularon ningún sistema que asegurase la publicidad de las hipotecas. Al no exigirse tampoco ningún requisito formal para el acuerdo que originaba la hipoteca, éstas se convirtieron en gravámenes ocultos de modo que los acreedores hipotecarios frecuentemente ignoraban las hipotecas previamente constituidas así como el rango de las constituidas en su favor. En el Bajo Imperio romano se intentó articular ciertas medidas tendentes a remediar de algún modo la clandestinidad de las hipotecas. Por un lado, se establecieron penas graves para sancionar el delito de «estelionato» que consistía en enajenar o hipotecar una cosa sin declarar la existencia de hipotecas anteriores que la gravaran<sup>9</sup>. Por otro, una constitución del Emperador León, sin hacer obligatoria la publicidad de las hipotecas, hizo prevalecer aquellas que constaban en un acto público —«pignus publicum»— o en un acto privado suscrito por tres testigos —«pignum quasi publicum»— frente a las hipotecas, de fecha anterior que no hubiesen sido objeto de un acto de tal

---

doctrina de la «conventio» sobre el «pignus». La doctrina de la «conventio» significó en el Derecho romano el triunfo del poder creador de la «voluntas» frente a la forma rígida y a la necesidad de actos realistas: en el «pignus» la «voluntas» triunfa sobre la «traditio efectiva» de manera que lo que en una modalidad de «pignus» se conseguía mediante un juego de tradiciones y retrotradiciones se logra en el «pignus conventum» mediante la «nuda conventione».

<sup>6</sup> Aunque el «pignus conventum» nació, como se ha dicho, para un caso muy concreto, en la época clásica se extendió su utilización a todo tipo de cosa y como garantía de cualquier débito, siendo protegido el derecho del acreedor por una acción real —no ya por un interdicto que fue el modo de protección original—. De este modo, tanto el «pignus datum» como el «pignus conventum» o «hypotheca» (se discute el momento en que se introduce en el Derecho romano este término, indicando algunos autores —ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 293, nota 1, y BONFANTE, ob. cit., p. 362— que puede deberse a una interpolación realizada por los compiladores de los textos justinianos) podían referirse indistintamente a bienes muebles o inmuebles. La diferencia fundamental entre una y otra modalidad radicaba en que en el primero el acreedor adquiría la posesión de la cosa pignorada a partir del momento del pignoramiento —«pignus datum»— y a partir del incumplimiento de la obligación garantizada en el «pignus conventum». BURDESE, ob. cit., pp. 665, 669; PALMIERI, voz «Ipoteca» (Diritto romano), en *Novissimo Digesto italiano*, t. IX, p. 49.

<sup>7</sup> TORRENT, ob. cit., p. 323.

<sup>8</sup> Existía un archivo de la propiedad inmobiliaria donde debían inscribirse los trasposos de propiedad y la constitución de derechos reales. En estos archivos públicos debía depositarse una copia del acto constitutivo de la hipoteca. Además era frecuente, en algunas ciudades, colocar en los confines de los inmuebles hipotecados señales haciendo constar la existencia de la hipoteca y el nombre del acreedor. No obstante, en este sistema la publicidad tenía una finalidad solamente informativa, no se trataba de una publicidad ordenada como esencial para el nacimiento del derecho real ni para su eficacia respecto de terceros. Vid. OURLIAC y MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. 1, *Les obligations*, 2.ª ed., París, 1969, pp. 358, 359; MOSCHELA, voz «Ipoteca», en *Nuovo Digesto italiano*, t. VII, p. 175.

<sup>9</sup> En la práctica negocial se acostumbraba a asegurar formalmente, por el que hipotecaba una cosa, la inexistencia de hipotecas anteriores. Por eso la falsedad de esta afirmación constituía un tipo delictivo. MIQUEL, ob. cit., p. 299.; OURLIAC y MALAFOSSE, ob. cit., p. 359.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

naturaleza<sup>10</sup>. Se alteró así la regla «prior tempore» de manera que la observancia de la forma pública o «cuasi pública» llegó a determinar la eficacia frente a terceros del derecho real de hipoteca.

Interesa destacar que será la ausencia de un sistema que permita hacer públicos los gravámenes e hipotecas lo que en determinadas etapas históricas va a dar lugar a que se exija la documentación del contrato de hipoteca, unas veces para su validez, otras para su eficacia o mayor valor frente a terceros, al ser el único medio de dotarlas de una cierta publicidad<sup>11</sup>.

### 2. Derecho histórico español. La prenda y la hipoteca en Las Partidas. Evolución del sistema de publicidad hipotecaria hasta la Codificación

Durante la Edad Media y por influencia del Derecho romano, la prenda y la hipoteca se confunden dentro de una misma institución. En Las Partidas aparecen reguladas bajo el nombre común de «peños». Dice la P. 5, 13, 1: «Peño es propriamente aquella cosa que un ome empeña a otro apoderandole della e mayormente quando es mueble. Mas segun el largo entendimiento de la ley toda cosa quier sea mueble o rayz que sea empeñada a otro, puede ser dicha peño: maguer non fuesse entregado della, aquel a quien la empeñassen».

Entran, pues, dentro del concepto genérico de «peño» tanto la garantía que se constituye desapoderándose el deudor de la cosa como la que se constituye sin desplazamiento posesorio, sin que se tenga en cuenta, por otra parte, el carácter mueble o inmueble del bien objeto de la garantía.

En Las Partidas se recogen tres modalidades de «peños» según que su constitución sea voluntaria, judicial o legal. Las dos primeras modalidades son, según la P. 5, 13, 1, de constitución expresa o «por palabras», frente a la última que nace «calladamente»<sup>12</sup>. La P. 5, 13, 6, que regula la forma de constitución del «peño», no prevé ninguna forma específica para el contrato constitutivo<sup>13</sup>. GREGORIO LÓPEZ, en la glosa

---

<sup>10</sup> GUIFFARD y VILLERS, *Droit romain et ancien Droit français*, 4.<sup>a</sup> ed., París, 1976, p. 404; OURLIAC y MALAFOSSE, ob. cit., p. 541; BONFANTE, ob. cit., p. 369.

<sup>11</sup> Así ocurrirá en Francia durante los siglos XVI a XVIII. Vid. GUIFFARD y VILLERS, ob. cit., pp. 413 y ss.

<sup>12</sup> Dice la indicada P. 5, 13, 1: «... son tres maneras de peños. La primera es la que fazen los omes entresi de su voluntad... La segunda es, quando los judgadores mandan entregar, a alguna de las partes en los bienes de su contendor por megua de respuesta, o por razon de rebeldia, o por juyzio, que es dado entre ellos, o por cumplir mandamiento del Rey. Ca tales peños, o predas como estas se faze como pro premia. E estas dos maneras de peños sobredichos, se fazen por palabra. La tercera manera, es de peños, que se facen calladamente: maguer non es y dicha ninguna cosa; así como se muestra adelante, de los bienes del marido, como son obligados a la muger como por peños, por razon de la dote...»

<sup>13</sup> Dice: «Empeñadas pueden ser las cosas, estando presentes los dueños dellas: e los otros que las reciben a peños, quier sean las cosas en aquel lugar o en otro. E aún lo pueden fazer por mesajeros o por car-

a este precepto señala que la obligación de pignorar podrá contraerse entre presentes o entre ausentes, por «nuntium» o por carta, sin escritura o con ella, pero en cualquier caso, el deudor debe designar nombre, signo o medida de la cosa para que pueda ser conocida<sup>14</sup>. Así pues, tanto el contrato de prenda como el de hipoteca podía celebrarse en cualquier forma con tal de que la cosa dada en garantía quedase perfectamente designada e individualizada, no se exigía título auténtico pudiéndose demostrar su constitución mediante «prueba testimonial»<sup>15</sup>.

El Fuero Real exigía una cierta publicidad para los derechos de garantía al prescribir que las prendas debían tenerse «manifiestamente» calificando de hurto el esconderlas<sup>16</sup>. Sin embargo, las garantías que tenían como objeto bienes inmuebles quedaban desprovistas de publicidad puesto que no implicaban desplazamiento de la posesión. La falta de desplazamiento posesorio y la inexistencia de cualquier otro sistema de publicidad dio lugar a una grave inseguridad ya que no era posible conocer el estado de un inmueble en cuanto a sus gravámenes<sup>17</sup>.

Para remediar tal situación de clandestinidad de los gravámenes, se creó en 1539, mediante una Pragmática de Carlos I<sup>18</sup> el primer Registro de Hipotecas. Es de destacar que, pese a que tal Registro estaba destinado a hacer públicos los gravámenes recayentes sobre la propiedad inmueble (censos, tributos e hipotecas), no se diferenciaban todavía nítidamente en nuestro Derecho la figura de la prenda y la de la hipoteca<sup>19</sup>. En cualquier caso, esta normativa no se respetó. Debido a ello, Felipe V publica-

---

tas: maguer alguno dellos no fuesse delante, con escritura o sin ella. Otrosí dizimos que quando alguno empeñare alguna cosa, que la deve señalar, o por su nome o por señales, o por medida, o por otra manera qualquiera, porque sea sabida ciertamente, qual es la cosa, que es dada a peños».

<sup>14</sup> GREGORIO LÓPEZ, glosa a la ley 6, tít. XIII, Partida V, Las Siete Partidas, Madrid, 1974, p. 84.

<sup>15</sup> LUZURIAGA, *Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español*, t. IV, Barcelona, 1974, p. 188 (las concordancias y comentarios a los títulos XIX y XX del libro II del Proyecto de 1851 son obra de Luzuriaga y no de García Goyena).

<sup>16</sup> Vid. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. II, *Derecho de cosas*, vol. 2.º, Madrid, 1986, p. 417.

<sup>17</sup> A ello se añadía la circunstancia de que era posible constituir hipotecas («peños») sobre todos los bienes presentes y futuros del deudor. Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. II, reimp. de la versión original, Valladolid, 1988, p. 681; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, 4.ª ed., Valladolid, 1936, p. 591.

<sup>18</sup> Esta Pragmática aparece recogida en la ley I, título XVI, libro X de la Novísima Recopilación, en la que se dice: «... mandamos, que en cada ciudad, villa ó lugar donde hobiere cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro, en que se registren todos los contratos de las qualidades suso dichas (censos, tributos e hipotecas): y que no se registrando dentro de seis dias despues que fueren hechos, no hagan fe ni se juzguen conforme á ellos, ni sea obligado á cosa alguna ningun tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor...».

<sup>19</sup> En este sentido observa COVIÁN, voz «Prenda», *Enciclopedia jurídica española Seix*, t. 25, Barcelona, 1910, pp. 379, 380, que «hasta la publicación de la L.H. siguió la confusión en la doctrina, tanto, que los reformadores y adicionadores del Paborde Sala... sostenían que según el largo entendimiento de dicha ley 1.ª (de Partidas) toda cosa mueble o raiz que sea empeñada a otro, puede ser dicha peño aunque no fuese entregado de ella aquel a quien la empeñasen; y aunque luego aseguran que los autores llaman hipoteca a la cosa raiz que se empeña a otro, pero sin entregársela, y prenda a la mueble que se entrega al empeñarla, concluyen con que la palabra peño de las leyes de Partida, comprende la hipoteca y la prenda, y en

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

ría, en 1715, una nueva Pragmática, confirmando la anterior, que también cayó en desuso. En 1768 Carlos III publicó otra Pragmática ampliando los actos sujetos a registro y creando los llamados Oficios o Contadurías de hipotecas<sup>20</sup>. La falta de virtualidad de todas estas disposiciones se debió a que la única consecuencia que producía la ausencia de registro era la imposibilidad de hacer valer en juicio la hipoteca o el gravamen no registrado con lo que se dejaba al arbitrio de los interesados verificar la toma de razón en los Oficios de hipotecas: les bastaba hacerlo cuando quisieran valerse del gravamen constituido en su favor, es decir, antes de presentarse en juicio<sup>21</sup>.

Puede decirse, en resumen, que hasta el siglo XIX no aparece nítidamente la diferenciación entre prenda e hipoteca aunque a lo largo de la Edad Moderna se van perfilando ambas figuras. Importa destacar que para el contrato que hoy conocemos como contrato de hipoteca no se requería, en consonancia con el principio espiritualista introducido por la ley única, título XIV del Ordenamiento de Alcalá<sup>22</sup>, ninguna forma específica como requisito de validez. No obstante, tras la instauración del sistema de publicidad que surgió mediante los Oficios o Contadurías de hipotecas se hizo necesaria la documentación del negocio<sup>23</sup>, aunque sólo en lo que atañe a la posibilidad de hacer valer en juicio el derecho de hipoteca para lo cual era necesario registrar previamente el título constitutivo.

### 3. La hipoteca en los distintos proyectos de Código. La Ley Hipotecaria de 1861

#### A) PROYECTO DE 1836

En el Proyecto de 1836 aparecen ya la prenda y la hipoteca como figuras independientes, regulación que persistirá en los proyectos posteriores. Una y otra se distin-

---

este sentido la toman en su exposición». Añade que es extraño que, antes de la publicación de la L.H., no apareciera definida la separación entre estas figuras dado que en la Novísima Recopilación (lib. X, tít. XVI) sólo se regulaba la hipoteca y no había, en rigor, disposición alguna que se refiriese a la prenda.

Muestra de la subsistencia de la confusión entre prenda e hipoteca es la afirmación, ya en el siglo XIX, de GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (ob. cit. p. 669) quien dice que «el derecho de prenda e hipoteca, haciendo abstracción de las cosas sobre que recae, no es más que uno».

<sup>20</sup> Dispone la ley III (n.º 1), tít. XVI, libro X de la Novísima Recopilación que transcribe la indicada Pragmática: «[...] Y en ellos precisamente se tome la razón de todos los instrumentos de imposiciones, ventas, y redenciones de censos ó tributos, ventas de bienes raíces, ó considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos ú obra pía, y generalmente todos los que tengan especial y expresa hipoteca ó gravámen, con expresion de ello, ó su liberacion y redencion». En general puede decirse que el objeto de la Pragmática fue que se registraran los contratos por los que se constituyera un derecho real o se impusiera algún gravamen en los bienes inmuebles.

<sup>21</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ ob. cit., p. 690; Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, *Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, 4.ª ed., Madrid, 1995, pp. 316, 317.

<sup>22</sup> Como es sabido, dicha ley (posteriormente trasladada a la ley I, tít. I, libro X de la Novísima Recopilación) instauró en nuestro Derecho el principio de libertad de forma en materia contractual (*supra*, cap. I, apart. III, 1, A).

<sup>23</sup> Para la inscripción del negocio en el Registro u Oficina de hipotecas era necesaria su constancia en escritura pública (Nov. Rec. 10, 16, 1-4).

guen en función del carácter mueble o inmueble del objeto sobre el que recaen así como en función de la entrega o no de la cosa al acreedor (art. 1.695).

En este Proyecto se establecía un sistema de publicidad limitado a la toma de razón de las hipotecas en los Registros correspondientes, sin extenderse todavía a otros actos traslativos o constitutivos de derechos reales<sup>24</sup>. El artículo 1.751 decía así: «La hipoteca convencional habrá de constituirse siempre en escritura pública. Debe también tomarse razón en el Registro público de hipotecas con arreglo a los términos que se expresarán en el cap. VI». La omisión de la toma de razón determinaba, según el artículo 1.783, la pérdida del «carácter hipotecario» del acreedor «y los privilegios que a él son consiguientes, quedando reducido a la clase de mero acreedor personal»<sup>25</sup>.

#### B) PROYECTO DE 1851

En el Proyecto de 1851 se intentó extender el sistema de publicidad a todas las transmisiones inmobiliarias y actos constitutivos de derechos reales<sup>26</sup>. El artículo 1.858 establecía: «Ninguno de los títulos sujetos a inscripción, según lo dispuesto en el cap. II de este título, surte efecto contra tercero sino desde el momento en que ha sido inscrito en el registro público»<sup>27</sup>. La inscripción de la hipoteca, tanto de la hipoteca voluntaria como de la legal<sup>28</sup>, era necesaria, al igual que la relativa a los demás actos constitutivos de derechos reales, únicamente para su eficacia frente a terceros. Así, el artículo 1.786 decía: «La hipoteca, por razón de su título, es legal o voluntaria, pero una y otra deben inscribirse en el registro público, y solamente desde su inscripción surte efecto contra tercero».

<sup>24</sup> Se admiten en este Proyecto, además de las hipotecas legales y voluntarias, las llamadas hipotecas judiciales (art. 1.696) que luego en la Ley hipotecaria de 1861 pasarían a configurarse como anotaciones preventivas. Ambos tipos están sujetos a toma de razón en el Registro. No así las hipotecas legales que tenían carácter de tácitas y ocultas (arts. 1.757, 1.761). Vid. GARCÍA GARCÍA, *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. I, Madrid, 1988, pp. 182, 183.

<sup>25</sup> GARCÍA GARCÍA, ob. cit., p. 182, observa que la sanción prevista para la omisión de la toma de razón implica «tanto como configurar la inscripción de hipoteca como constitutiva».

<sup>26</sup> Dice LUZURIAGA, ob. cit., p. 209, que la ley aspira a poner de manifiesto la situación de la propiedad inmueble, «por esta razón se ha estendido (sic.) ya generalmente el principio de publicidad a todos los actos traslativos de la propiedad territorial. También se ha estendido a todas las cargas y restricciones que limitan el valor o la circulación de la misma propiedad, por hallarse en un caso idéntico a la hipoteca».

<sup>27</sup> Díez-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., p. 319, señala que entre los caracteres del sistema de Registro articulado en el Proyecto de 1851 se encuentran: su configuración como un sistema de inscripción, frente al sistema de transcripción prusiano o el de presentación e inscripción de notas del Código francés; el establecimiento de la función calificadora a cargo del tenedor del Registro, y la articulación de dos asientos de carácter secundario, además de la inscripción, a los que se denomina anotación preventiva y subinscripción.

<sup>28</sup> En el Proyecto se descartan las hipotecas judiciales y se sujetan las hipotecas legales al mismo sistema de publicidad y especialidad que las voluntarias, frente al criterio adoptado por el Código francés que no sujetaba las hipotecas legales a la publicidad registral. (GARCÍA GARCÍA, ob. cit., p. 190).



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

En el título dedicado en el Proyecto de 1851 a la hipoteca (a diferencia del Código civil, no se regulaba ésta como contrato, sino exclusivamente en su aspecto de derecho real) no existía precepto alguno que previese una forma determinada para el contrato de hipoteca en el supuesto de constitución contractual de la garantía, no obstante, el artículo 1.821 permitía tan solo la inscripción de los títulos que constasen en escritura pública y de las providencias judiciales que constasen de calificación expedida en forma auténtica<sup>29</sup> lo que implica que la documentación del contrato de hipoteca en escritura pública era necesaria para que ésta fuese eficaz frente a terceros.

Por otra parte, el artículo 1.003 del Proyecto, en su número primero, establecía que debían redactarse en escritura pública los contratos que tuviesen por objeto «la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo o alguna obligación o gravamen sobre los mismos». El contrato de hipoteca quedaba comprendido, como es obvio, entre estos contratos. GARCIA GOYENA justificaba tal exigencia formal basándose en la necesidad de «la inscripción o toma de razón» de dichos actos «en el Oficio o Registro público de hipotecas»<sup>30</sup>.

### C) LEY HIPOTECARIA DE 1861

La Ley hipotecaria de 1861 tenía como finalidad principal establecer un sistema de publicidad registral que viniera a asegurar el crédito territorial y a remediar todos los inconvenientes surgidos del carácter oculto de los gravámenes que no se habían subsanado eficazmente con la constitución de los Oficios de hipotecas. Se estableció para ello un sistema de publicidad registral que afectaba tanto a los títulos traslativos del dominio como a los constitutivos de derechos reales<sup>31</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en la Ley hipotecaria actual, la de 1861 sometía la hipoteca al mismo tratamiento que el dominio y los demás derechos reales, es decir, la

---

<sup>29</sup> LUZURIAGA, ob. cit., p. 212, explica esta exigencia indicando: «Por lo mismo que se han atribuido a la inscripción efectos tan importantes, ha sido preciso rodearla de una solemnidad que asegure la legitimidad de los títulos en que se funde, y ésta es la razón por la que se exige en el artículo 1.821 que aquellos títulos consten en escritura pública, y siendo providencias judiciales, en calificación auténtica», añade que igual sistema rige en los Códigos extranjeros incluyéndose el Código francés, que si para ciertos casos admite la inscripción de documentos privados, los somete a una comprobación judicial.

<sup>30</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, cit., t. III, p. 39.

Acerca de la sanción correspondiente a la falta de forma, vid. *supra*, cap. I, apartado III, 1. C.

<sup>31</sup> DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., pp. 321, 322, resume las características del sistema instaurado por la Ley Hipotecaria de 1861 en las siguientes notas: 1.º Establece un registro de fincas y no un simple registro de propietarios o de títulos. El Registro se organiza con arreglo al sistema llamado de «folio real»; 2.º Se consagran los principios de publicidad del Registro y especialidad de los derechos reales; 3.º Se instaura el principio de legalidad poniendo los Registros a cargo de funcionarios especialmente calificados; 4.º Se instaura también el sistema de prioridad; 5.º La inscripción no es constitutiva sino voluntaria y con efectos de simple inoponibilidad respecto de los terceros de los derechos reales no inscritos.

Al igual que se preveía en el Proyecto de 1851, las hipotecas judiciales, admitidas en Las Partidas, pasan a configurarse como anotaciones preventivas y que las hipotecas legales quedan sujetas a inscripción del mismo modo que las voluntarias (GARCÍA GARCÍA, ob. cit., p. 200).

inscripción registral era necesaria para la eficacia frente a terceros de la garantía y no para su nacimiento como derecho real. Fue el Código civil en su redacción definitiva el que impuso el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca<sup>32</sup>.

El artículo 146 de la Ley hipotecaria de 1861 establecía: «Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero se requiere: 1.º Que se hayan convenido o mandado constituir en escritura pública. 2.º Que la escritura pública se haya inscrito en el Registro que se establece en esta Ley». La mención a la escritura pública de constitución de hipoteca que contiene este precepto se explica porque la propia ley exigía la forma pública para el acceso de los títulos al Registro de la Propiedad<sup>33</sup>. Si el contrato constitutivo de hipoteca no constaba en escritura pública no era posible, obviamente, inscribirlo ni hacer valer frente a terceros la garantía.

#### D) ANTEPROYECTO DE 1882-1888 Y REDACCIÓN DEFINITIVA DEL CÓDIGO CIVIL

En materia de hipoteca el Anteproyecto sigue las prescripciones de la Ley hipotecaria de 1861 exigiéndose la inscripción registral únicamente para su eficacia frente a terceros.

El artículo 6 del título dedicado a la hipoteca rezaba como sigue: «Para que la hipoteca pueda perjudicar a terceros se requiere: 1.º Que se haya convenido o mandado constituir en escritura pública o documento susceptible de inscripción en el Registro de la propiedad. 2.º Que la escritura o documento se haya inscrito». Puede apreciarse claramente que la documentación del contrato de hipoteca –escritura pública o documento susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad– estaba conectada con la necesidad de inscripción registral: la documentación del contrato era precisa en cuanto que, sin ella, el derecho de hipoteca no podía acceder al Registro ni, por tanto, surtir efectos frente a terceros.

Hay que recordar, no obstante, que el artículo 1.293.1 del Anteproyecto –precedente del actual artículo 1.280 C.c.– enumeraba, entre los contratos que debían constar en documento público, los que tuvieran por objeto «la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles» y que el artículo 1.292 –análogo al actual artículo 1.279 C.c.– en consonancia con el principio de libertad de forma que establecía el artículo 1.291, permitía a los contratantes «compelerse recíprocamente a llenar la forma desde que hubiese intervenido el consentimiento con todos sus requisitos»<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Posteriormente, en la reforma de 1909 se adaptó la Ley Hipotecaria a lo establecido en el Código civil sobre el carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria.

<sup>33</sup> Decía el artículo 3 de la Ley hipotecaria de 1861: «Para que puedan ser inscritos los títulos espresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutorias o documentos auténticos expedidos por el Gobierno o sus agentes en la forma que prescriban los reglamentos».

<sup>34</sup> *Supra*, cap. I, apartado III, 1, D.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código civil modificó lo establecido en el Anteproyecto al imponer por primera vez el carácter constitutivo de la inscripción registral (art. 1.875), derogando en este punto lo dispuesto en la Ley hipotecaria de 1861. Es de notar que el artículo 1.875 C.c. no exige en ningún momento que el contrato de hipoteca conste en escritura pública como requisito de validez –ni siquiera se refiere expresamente a la constancia del contrato en escritura pública– solamente exige que «el documento en que se constituya» la hipoteca, se inscriba en el Registro para la válida constitución de ésta (del derecho real de hipoteca).

Otra innovación del Código, respecto de la regulación prevista en el Anteproyecto en torno a la hipoteca, es la de incorporar un capítulo común para los contratos de prenda e hipoteca –cap. 1.º, tít. XV, libro IV C.c.– que no existía en el Anteproyecto. Dentro de este capítulo se encuentra el artículo 1.862, precepto en el que se regula la promesa de prenda e hipoteca y que no parece tener ningún precedente conocido.

## II. DERECHO COMPARADO

### 1. Derecho francés

El artículo 2.117 del Código francés prevé tres tipos de hipoteca: legal, judicial y convencional. La inscripción registral –que tras la reforma de 1955 es necesaria para todos los tipos<sup>35</sup>– no tiene carácter constitutivo<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> En la redacción originaria del Código civil francés las hipotecas legales no estaban sujetas a publicidad registral.

El antiguo Derecho francés, siguiendo las influencias romanas, recogió el carácter oculto de la hipoteca. No existía ningún sistema de publicidad en materia de derechos reales. La posesión era el único signo que permitía hacer pública la existencia de un derecho real. El carácter general y tácito de las hipotecas trajo consigo graves inconvenientes ante los cuales reaccionaron los revolucionarios franceses. Por la Ley de Mesidor del año III (1795) se organizó la publicidad de todas las hipotecas, sin embargo, esta ley no imponía su especialidad ni tampoco impuso un sistema de publicidad para todas las transmisiones inmobiliarias. La Ley 11 de Brumario del año VII (1798) corrigió tales defectos, la hipoteca sea legal, judicial o convencional no es oponible sin inscripción en el Registro. Se impone el principio de especialidad. La transcripción de las transmisiones inmobiliarias se exige so pena de inoponibilidad a terceros. En el Código civil se adoptó una postura intermedia entre el sistema antiguo de clandestinidad de las hipotecas y el favorable al mantenimiento del sistema del año VII. La hipoteca convencional quedaba sometida al doble principio de especialidad y publicidad pero la hipoteca legal seguía siendo general y resultaba oponible sin necesidad de inscripción. Además no se impuso la necesidad de transcripción para todas las transmisiones inmobiliarias sino sólo para las donaciones. No obstante, la Ley de 25 de marzo de 1855 no tardó en restablecer la exigencia de transcripción de las transmisiones inmobiliarias para su eficacia frente a terceros. Posteriormente, el Decreto de 4 de enero de 1955 reformó el Código civil francés restaurando el principio de publicidad en su totalidad de manera que todas las hipotecas incluso las legales son inoponibles a tercero sin la inscripción registral. Asimismo suprimió los privilegios generales que recaían sobre los inmuebles convirtiéndolos en hipotecas legales simples o privilegiadas. Vid. GUIFFARD y VILLERS, ob. cit., pp. 415 a 418; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. III, vol. 1.º, *Suretes, publicité foncière*, 6.ª ed., París, 1988, pp. 237 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., pp. 307 y ss.

<sup>36</sup> El artículo 2.134 C.c. (reformado por el Decreto de 1955) establece: «Entre los acreedores, la hipoteca, sea legal, judicial o convencional, no adquiere rango más que desde el día de la inscripción presentada por el acreedor al conservador de hipotecas, y en la forma y manera prescritas por la ley.»

En cuanto a la forma de celebración del contrato de hipoteca, el artículo 2.127 del Code dispone: «La hipoteca convencional no puede ser consentida mas que por un acto realizado en forma auténtica, ante dos notarios o ante un notario y dos testigos»<sup>37</sup>. Se entiende que la falta de forma pública queda sancionada con la nulidad del contrato afirmándose, en consecuencia, que el contrato de hipoteca tiene carácter solemne<sup>38</sup>.

La exigencia formal prevista en el Code para el contrato de hipoteca tiene una justificación histórica. En el Derecho francés medieval, conforme a la doctrina romana, bastaba un pacto realizado en cualquier forma para constituir el derecho real de hipoteca, sin que, por otra parte, existiera sistema alguno de publicidad de los gravámenes<sup>39</sup>. No obstante, con posterioridad los notarios acostumbraron a insertar en las escrituras una cláusula de constitución de hipoteca. Esta cláusula devino habitual y llegó a sobreentenderse, de manera que todo acto notarial en el que se constataba un derecho de crédito originaba por sí mismo, e independientemente de toda estipulación, un derecho de hipoteca general sobre los bienes del deudor<sup>40</sup>.

Los redactores del Código francés no hicieron más que mantener la tradición al disponer que el contrato de hipoteca debía constar en documento notarial<sup>41</sup>. Sin

<sup>37</sup> Después de la Ley de 12 de agosto de 1902 que modifica la organización del Notariado, basta un solo notario. Vid. MAZEAUD, ob. cit., p. 258.

<sup>38</sup> LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. 30, 3.ª ed., Bruxelles, 1.878, n.º 428, pp. 393 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, *Trattato Teorico-pratico di Diritto civile, Del pegno, dei privilegi, delle ipoteche*, vol. II, trad. italiana, Milano, s/f, n.º 1403, p. 523. Entre los autores más recientes, PLANIOL Y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XII, 1.ª partie par BECQUÉ, París, 1953, p. 490; MAZEAUD, ob. cit., pp. 262, 263; SIMLER Y DELEBECQUE, *Droit civil, Les suretes, la publicité foncière*, París, 1989, p. 240, nota 1.; MARTY Y RAYNAUD-JESTAZ, *Droit civil, Les suretes, la publicité foncière*, 2.ª ed., París, Sirey, 1987, p. 126, nota 3, advierten que sólo el contrato constitutivo de la hipoteca es el que tiene carácter solemne, el contrato que da origen al crédito garantizado no tiene porqué constar en documento auténtico.

<sup>39</sup> La existencia de la hipoteca se solía probar mediante un documento (la Ordenanza du Moulin de 1566 prohibía la prueba por testigos) pero, a partir del siglo XVI, sólo tenía fuerza probatoria el documento privado verificado judicialmente. El documento confería un derecho real de hipoteca desde el día de su verificación, y no desde el día de su redacción. GUIFFARD y VILLERS, ob. cit., pp. 413, 414.

<sup>40</sup> Vid. GUIFFARD y VILLERS, ob. cit., pp. 414, 414; PLANIOL y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., p. 484; SIMLER Y DELEBECQUE, ob. cit., p. 240.

<sup>41</sup> En este sentido señalan BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, ob. cit., n.º 1404, 1405, pp. 524, 525, que aunque el Código no respetó los principios de la antigua jurisprudencia sobre traslación de la propiedad y demás derechos reales al establecer su transmisión por el mero consentimiento, sí conservó para los actos constitutivos de hipoteca convencional la regla establecida sobre la necesidad de acto notarial. La necesidad de forma pública está relacionada, para este autor, con la falta de desplazamiento posesorio. En el antiguo Derecho francés la traslación y constitución de derechos reales exigía una tradición real o la estipulación de una cláusula de tradición ficticia. La hipoteca, por su propia naturaleza, excluye toda idea de tradición real, por eso la cláusula de tradición ficticia no podía inferirse más que de un acto celebrado ante notario y con fuerza ejecutiva. En la misma línea afirma JOSSERAND, ob. cit., n.º 1675, pp. 899, 900, que la exigencia de documento público se explica históricamente porque en el antiguo Derecho francés los contratos no eran por sí mismos constitutivos de derechos reales pero existía un tipo de tradición, la ficticia, que figuraba en los documentos públicos.

POTHIER, *Traité sur les hypothèques*, t. I, 1.º, cit., p. 4, indica también que en el Derecho francés, donde la hipoteca se constituía sin necesidad de tradición, la simple convención no podía producirla ya que la falta de tradición se suplía mediante la fuerza de la autoridad pública.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

embargo, como ponen de relieve algunos autores, la exigencia de escritura notarial tenía sentido cuando no existía ningún sistema que permitiese hacer públicos los gravámenes, pero no cuando se articula un sistema de publicidad<sup>42</sup>. La doctrina francesa justifica por ello el carácter formal que el contrato de hipoteca tiene en el Código civil indicando que la forma notarial tiene importantes ventajas. La intervención del notario, se dice, tiene una función de protección de los intereses, tanto del acreedor hipotecario como del deudor constituyente, permitiendo además asegurar la validez del acto<sup>43</sup>.

En cualquier caso, la jurisprudencia francesa se ha encargado de suavizar el rigor formal del artículo 2.127. En primer lugar, ha considerado tradicionalmente que no es necesario que el acreedor preste su consentimiento a la constitución de la hipoteca ante notario, pudiendo hacerlo de cualquier forma, incluso tácitamente. Es únicamente el constituyente de la hipoteca el que debe manifestar su voluntad en escritura pública<sup>44</sup>. En segundo lugar, ha considerado que la exigencia legal se satisface igualmente cuando el deudor constituyente presenta ante notario un documento privado que contenga constitución de hipoteca o reconoce ante éste su escritura y su firma<sup>45</sup> si bien, en tal caso, la hipo-

---

<sup>42</sup> COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. V, trad. española anotada por DE BUEN, 3.<sup>a</sup> ed., rev. por Marín Pérez, Madrid, 1955, p. 451.

Ya LAURENT, ob. cit., n.º 429, p. 394, indicaba que, si bien la exigencia de forma auténtica para la constitución de la hipoteca podía explicarse, con anterioridad al Código, porque era la única manera de constatar fehacientemente la fecha de la hipoteca, y por tanto, el rango de la misma, esta explicación no tenía sentido al establecer el Código un sistema de publicidad según el cual el rango de la hipoteca dependía de la inscripción registral.

<sup>43</sup> Así, desde la publicación del Code, se ha venido aduciendo que el constituyente de la hipoteca debe ser ilustrado acerca de la trascendencia del acto que celebra. Asimismo, que la intervención del notario es igualmente útil para proteger al acreedor que ignora casi siempre las reglas de fondo del contrato y la extensión de los derechos del constituyente sobre el inmueble. JOSSERAND, ob. cit., n.º 1.675, p. 899; MAZEAUD, ob. cit., pp. 258, 259; PLANIOL Y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., p. 485; MARTY Y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 127.

No obstante, BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, ob. cit., n.º 1.406, pp. 525, 526, ya pusieron de relieve que con tales consideraciones se intentaba justificar lo que, desde su punto de vista, constituía una «anomalía», anomalía derivada del carácter formal impuesto por el Código al contrato de hipoteca: «!Se permite vender un inmueble o gravarlo con una servidumbre mediante escritura privada y sin embargo es necesario un acto auténtico para gravarlo con una hipoteca!».

<sup>44</sup> Sobre este punto ya indicó LAURENT, ob. cit., n.º 438, pp. 404 y ss., que cuando un contrato es solemne, todos sus elementos deben constar en forma auténtica. Este autor critica la postura de la jurisprudencia francesa que admite la aceptación tácita del acreedor sosteniendo que la hipoteca no existirá más que por la aceptación auténtica del acreedor. Lo contrario es tanto como afirmar que el contrato es solemne sólo respecto de una de las partes contratantes. Semejantes consideraciones hacía PAUL PONT, *Explication du Code civil*, t. 11, vol. 2.º, *Des privilèges et de hypothèque*, París, 1876, n.º 659, pp. 54, 55, indicando que en los casos en que un contrato está sujeto a forma solemne la aceptación debe revestir la misma forma.

<sup>45</sup> Con ello, dicen COLIN Y CAPITANT, ob. cit., p. 453, la jurisprudencia ha continuado la tradición del antiguo Derecho francés que permitía, por virtud de la protocolización en una notaría, que los contratos privados adquirieran la misma autoridad que si hubiesen sido otorgados ante notario. POTHIER, ob. cit., p. 111, sostenía que el documento privado reconocido o depositado ante notario comportaba constitución de hipoteca ya que, en virtud del reconocimiento de la escritura privada ante notario, se asimilaba ésta a un documento auténtico. Tanto la jurisprudencia como la doctrina posterior al Código, pese a la dicción del artículo 2.127, han mantenido esta orientación.

teca no se estima constituida en el momento de celebración del contrato sino en el de la presentación de éste en la notaría<sup>46</sup>. En relación con esta hipótesis afirma la doctrina que si, una vez celebrado el contrato de hipoteca en documento privado, el deudor (o constituyente de la hipoteca) se niega a efectuar su presentación en la notaría, el juez puede conminarle a ello y, aunque no puede suplir la intervención del notario ni permitir que el acreedor por sí sólo realice el depósito, puede condenar al deudor o hipotecante a una indemnización por daños y perjuicios<sup>47</sup>. Puede apreciarse, por tanto, que el contrato privado de hipoteca no es realmente nulo, es más, como se verá seguidamente, genera efectos muy parecidos a los que en el Derecho francés se le confieren a la promesa de hipoteca.

La promesa de hipoteca no se encuentra regulada en el Código francés, es una figura de construcción doctrinal. Pese a que el carácter «solemne» del contrato de hipoteca debería determinar la imposición de las mismas condiciones de forma al contrato preliminar<sup>48</sup>, la doctrina y la jurisprudencia francesa, desde la promulgación del Código, ha venido estimando que la promesa de hipoteca puede ser establecida bajo cualquier forma, puede resultar de un acto constatado en documento privado e incluso de una simple carta<sup>49</sup>. La promesa de hipoteca no determina el nacimiento del derecho real, solamente hace nacer a cargo de su autor una obligación de hacer consistente en constituir el derecho de hipoteca ante el correspondiente notario. En caso de inejecución de esta obligación el contrato de promesa confiere al beneficiario de aquélla una acción personal para

<sup>46</sup> No se exige ni el consentimiento ni la presencia del acreedor en el acto de presentación del documento privado ante notario. Sí es necesaria la presencia o, al menos, el consentimiento del constituyente. Si el acreedor procediera por sí solo a la presentación del documento privado de constitución de hipoteca, ésta no resultaría eficaz a no ser que operara en virtud de un poder conferido en forma auténtica por el deudor. Vid. POTHIER, ob. cit., p. 111; TROPLONG, *Le Droit civil expliqué, Des privilèges et hypothèques*, t. II, 3.ª ed., París, 1838, n.º 506, pp. 283 y ss.; PLANIOL Y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., pp. 490, 491; MAZEAUD, ob. cit., p. 260.

<sup>47</sup> MAZEAUD, ob. cit., pp. 260, 261, 267, aduce que «cuando las partes constituyen hipoteca por documento privado prometen implícitamente, pero de modo necesario, presentar ese documento en una notaría; debe interpretarse la voluntad de los contratantes en el sentido de que produzca efecto (1.157 C.c.) y es inútil expresar en una convención lo que es de estilo (art. 1.160 C.c.)». A la misma conclusión sobre la eficacia del contrato privado de hipoteca llegan SIMLER y DELEBECQUE, ob. cit., p. 240, nota 1 y PLANIOL Y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., p. 491.

<sup>48</sup> Así lo indica MAZEAUD, ob. cit., p. 262, quien observa que deberían imponerse las mismas condiciones de forma toda vez que la finalidad de tales solemnidades es la protección del constituyente. Como se indicó en el primer capítulo (apartado II, 1) a nivel general se exige que el precontrato de un contrato solemne conste en la misma forma que éste. La promesa de hipoteca constituye una excepción a esta regla. Sobre ello, vid. *infra*, apart. IV, nota 101.

<sup>49</sup> PAUL PONT, ob. cit., n.º 658, pp. 53, 54, dice que la promesa de hipoteca, realizada en cualquier forma, crea un vínculo de derecho, una verdadera obligación que genera en favor del acreedor una acción para constreñir al deudor a ejecutarla, es decir, a constituir la hipoteca. Igualmente, BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, ob. cit., n.º 1.407, p. 527, observan que aunque el artículo 2.127 exige la forma auténtica para el contrato de hipoteca, esta norma es excepcional y por tanto no puede ser extendida a la promesa de hipoteca, de la cual no habla, de manera que ésta es válida en cualquier forma y obliga al promitente a constituir la hipoteca en la forma determinada por la ley. En el mismo sentido, LAURENT, ob. cit., n.º 454, pp. 425 y ss.

Entre los autores más recientes, vid. SIMLER y DELEBECQUE, ob. cit., p. 241; MAZEAUD, ob. cit., p. 262.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

obtener la constitución de la hipoteca prometida<sup>50</sup>. La acción personal derivada de la promesa no permite a los Tribunales otorgar un contrato notarial de hipoteca ni declarar la constitución de la hipoteca prometida, únicamente pueden imponer una condena por daños y perjuicios, condena que va acompañada de hipoteca judicial<sup>51</sup>. Ahora bien, esta hipoteca será sólo en garantía de los daños y perjuicios declarados en la sentencia y no en garantía del crédito en base al cual la promesa había sido realizada<sup>52</sup>.

Como se ve, en el Derecho francés el contrato privado de constitución de hipoteca provoca efectos semejantes a los de la promesa de hipoteca. Ambos generan acciones personales entre los contratantes dirigidas, bien a constreñir al deudor a presentar el documento privado ante notario, bien a otorgar escritura pública de constitución de la hipoteca. Pero, tanto en un caso como en otro, el incumplimiento del hipotecante da lugar a una indemnización por daños y perjuicios acompañada de hipoteca judicial<sup>53</sup>.

### 2. Derecho italiano

#### A) CÓDIGO CIVIL DE 1865

En el Código civil italiano de 1865, frente a lo que sucede en el actual, la inscripción de la hipoteca no tenía carácter constitutivo<sup>54</sup>. En relación a la forma del contrato de hipoteca disponía el artículo 1.978 que la hipoteca convencional debía consti-

---

<sup>50</sup> SIMLER Y DELEBECQUE, ob. cit., p. 241.

<sup>51</sup> El artículo 2.123 C.c. francés prevé la imposición de una hipoteca judicial en garantía de las sentencias de condena.

<sup>52</sup> LAURENT, ob. cit., p. 454, indicaba que si el deudor no quiere ejecutar su promesa, no puede el acreedor hacer otra cosa que reclamar los daños e intereses, o eventualmente, resolver el contrato principal como prevé la ley para el caso en que el deudor disminuye las garantías prestadas. También, MAZEAUD, ob. cit., p. 263; SIMLER y DELEBECQUE, ob. cit., p. 242; MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 129; PLANIOL y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., p. 492.

<sup>53</sup> MAZEAUD, ob. cit., p. 266, señala, en relación a ello, que, si bien una jurisprudencia muy antigua oponía la promesa de hipoteca al contrato privado de hipoteca entendiendo que, mientras la primera vinculaba al promitente, el contrato en documento privado era, sin embargo, nulo y sin ningún efecto, esta opinión no puede ser mantenida después de que la Corte de Casación haya afirmado reiteradamente la validez del documento privado de constitución de hipoteca depositado ante notario.

<sup>54</sup> El artículo 1.965 C.c. establecía: «La hipoteca no surte efecto si no es hecha pública y no puede subsistir más que sobre bienes especialmente indicados y por una suma determinada en dinero».

La doctrina afirmaba que la inscripción era necesaria para la eficacia frente a terceros de la hipoteca adquiriéndola el acreedor sin necesidad de la inscripción, si bien con eficacia meramente «inter partes». Así, MELUCCI, *Il sistema ipotecario nel diritto civile italiano*, Torino, 1893, p. 49; BRUNO, voz «Ipoteca», en *Digesto italiano, Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, 2.º, p. 417; MOSCHELA, voz «Ipoteche» en *Nuovo Digesto italiano*, t. VII, p. 175.

No obstante, algunos autores advertían que, en la medida que la hipoteca tiene efecto y adquiere su grado de prelación en el momento de la inscripción, el derecho que podía adquirir el acreedor en su relación interna con el deudor era perfectamente inútil en tanto no se produjera la inscripción. BIANCHI, *Delle ipoteche*, Napoli-Torino, 1914, p. 423. También RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, trad. española, Madrid, 1979, p. 782, dice que la adquisición del derecho real se produce con la inscripción.

tuirse por acto público o por escritura privada. Este precepto no imponía la nulidad del contrato en caso de falta de forma escrita, pero la doctrina deducía tal sanción de la aplicación del artículo 1.314, 8. Dicho artículo enumeraba una serie de contratos que debían constar por escrito bajo pena de nulidad y en su número 8 se refería genéricamente a «los demás especialmente indicados por la ley»<sup>55</sup>. Se afirmaba en consecuencia que el acto escrito era un requisito «ad solemnitatem» del contrato de hipoteca, necesario para su existencia y no para su prueba<sup>56</sup>.

Es de notar que en este Código, frente a lo dispuesto en el Código civil francés, bastaba la redacción del contrato de hipoteca en documento privado no siendo necesaria la escritura pública<sup>57</sup>. Sin embargo, los documentos privados no podían ser inscritos en el Registro sin su autenticación notarial o la acreditación judicial de los mismos<sup>58</sup> por lo que se entendía que el acreedor podía exigir judicialmente al deudor el reconocimiento o autenticación del documento privado de constitución de hipoteca con el objeto de practicar la inscripción<sup>59</sup>.

Interesa señalar que los autores italianos, siguiendo a la doctrina francesa, sostenían que el precontrato o promesa de hipoteca era válido cualquiera que fuese su forma de realización. El acreedor hipotecario podía exigir judicialmente el cumplimiento de la promesa. No se admitía sin embargo la ejecución forzosa en forma específica del precontrato de hipoteca, la sentencia no podía sustituir el título hipotecario sino únicamente condenar al deudor a una indemnización por daños y perjuicios acompañada de hipoteca judicial (en garantía del pago de los daños resultantes y no en garantía del crédito)<sup>60</sup>.

## B) CÓDIGO CIVIL DE 1942

El Código civil vigente, al igual que su antecesor, configura el contrato de hipoteca como un contrato solemne aunque establece ya expresamente la nulidad de dicho contrato en caso de falta de forma escrita. Dice el artículo 2.821: «La hipoteca puede ser concedida también mediante declaración unilateral. La concesión debe hacerse por acto público o por escritura privada bajo pena de nulidad. No puede ser concedida por testamento».

<sup>55</sup> Vid. *supra*, cap. I, apart. II, 2, A.

<sup>56</sup> BIANCHI, ob. cit., p. 421; MELUCCI, ob. cit., p. 48; BRUNO, ob. cit., p. 417.

<sup>57</sup> Indica BIANCHI, ob. cit., p. 422, que el legislador italiano se sitúa con esta disposición (art. 1.978) «a justa distancia, tanto de la excesiva largueza del Derecho romano que admitía la constitución verbal del derecho de hipoteca, como del excesivo rigor del Código francés que exige en todo caso el acto público realizado ante dos notarios o ante un notario y dos testigos».

<sup>58</sup> Decía el artículo 1989 C.c.: «Cuando la hipoteca se deriva de un acto privado no se puede obtener la inscripción si la firma del que la ha consentido no ha sido autenticada ante notario o acreditada judicialmente».

<sup>59</sup> BIANCHI, ob. cit., pp. 423, 424; MELUCCI, ob. cit., p. 349.

<sup>60</sup> BIANCHI, ob. cit., p. 443; BRUNO, ob. cit., p. 419.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

A diferencia del Código de 1865, el Código de 1942 establece el carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria disponiendo en su artículo 2.808 que «la hipoteca se constituye mediante inscripción en el Registro inmobiliario»<sup>61</sup>. Este hecho determina que el contrato de hipoteca carezca de la eficacia real que normalmente ostentan en el Derecho italiano los contratos dirigidos a la constitución o transmisión de derechos reales por regir en dicho ordenamiento el sistema de transmisión consensual de los mismos. Por ello, los autores italianos describen la «fattispecie ipotecaria» como un proceso de formación gradual o progresiva: distinguen entre el título hipotecario —el acto o relación que justifica la adquisición de la hipoteca y da derecho a constituirla: el contrato de hipoteca— y la inscripción, que es la que determina la efectiva adquisición del derecho real. Del contrato de hipoteca —título— nace para el acreedor el derecho a obtener la inscripción registral y la constitución del derecho de hipoteca; para el concedente de la misma, la obligación de no impedir la inscripción y no disminuir anticipadamente el valor de la garantía<sup>62</sup>. Estos efectos constituyen lo que RUBINO denomina «efectos preliminares» de la «fattispecie», produciéndose los efectos definitivos —constitución del derecho real— con la inscripción registral<sup>63</sup>.

Cuando el contrato de hipoteca consta en documento privado, como no puede ser inscrito en el Registro sin su previa autenticación notarial o acreditación judicial<sup>64</sup>, se dice que entre las obligaciones que, para el concedente de la hipoteca, nacen con anterioridad a la inscripción —«efectos preliminares»— se encuentra la de prestarse a darle forma auténtica o a autenticar la propia firma con el fin de permitir la inscripción<sup>65</sup>.

En cuanto a la promesa de hipoteca, el Código de 1942 dedica algunos preceptos a la figura del contrato preliminar en general. Concretamente, el artículo 1.351 establece

---

<sup>61</sup> Sobre el carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria vid. MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*, vol. 3.º, 9.ª ed., Milano 1959, p. 125. El Código italiano prevé para la publicidad de los restantes derechos reales la «transcripción» que es una forma de publicidad análoga a la inscripción pero con carácter declarativo, necesaria para hacer eficaces frente a terceros tales derechos. Sobre las diferencias entre una y otra modalidad, vid. TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, trad. española, Madrid, 1967, p. 154.

<sup>62</sup> BARASSI, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, trad. española, Barcelona, 1955, p. 520; RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* dirigido por Cicu y Messineo, Varese, 1956, pp. 229, 232; FRAGALI, voz «Ipoteca» (Dir. priv.) en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXII, pp. 741, 753, 754.

<sup>63</sup> RUBINO, ob. cit., p. 229, nota 3. Aclara este autor que tales «efectos preliminares» no se dan cuando la publicidad es declarativa ya que el hecho jurídico está completo y los efectos definitivos —especialmente el traslativo— surgen con anterioridad a ella que sólo determina la oponibilidad del derecho a determinadas categorías de terceros.

<sup>64</sup> Dice el artículo 2.835 del Código vigente: «Si el título para la inscripción resulta de escritura privada, la firma del que ha concedido la hipoteca debe ser autenticada o acreditada judicialmente.»

<sup>65</sup> El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que se derivan del contrato de hipoteca con anterioridad a la inscripción determina, a juicio de RUBINO (ob. cit., pp. 232, 233), la decadencia del término y la posibilidad del acreedor de exigir el inmediato pago de la obligación (art. 1.186 C.c.) cuando el hipotecante es el mismo deudor (en este caso entiende este autor que no tiene sentido obligar al deudor al resarcimiento del daño que no tiene carácter económicamente autónomo —p. 352—) y el resarcimiento del daño, sustanciado en el interés positivo, cuando el hipotecante es un tercero.

que «el contrato preliminar es nulo si no es hecho en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo». Por consiguiente, para que el precontrato de hipoteca sea válido debe celebrarse en documento público o privado. Es importante destacar que se admite ahora la ejecución forzosa en forma específica de la promesa de hipoteca mediante sentencia judicial que sustituya al título constitutivo y que puede ser inscrita, ya que así se deduce de lo dispuesto en el artículo 2.932 C.c. para el contrato preliminar<sup>66</sup>.

### 3. Derecho alemán

En el Derecho alemán el negocio constitutivo de la hipoteca es, como todos los negocios constitutivos o traslativos de derechos reales, un negocio jurídico real –con eficacia real– («dingliches Geschäft») de carácter abstracto, independiente en su existencia y validez del negocio obligacional («Verpflichtungsgeschäft») en que normalmente se apoya y en virtud del cual las partes se obligan a la realización de la mutación jurídico-real<sup>67</sup>.

El derecho de hipoteca, a diferencia de la deuda inmobiliaria<sup>68</sup>, tiene carácter accesorio, presupone la existencia de un crédito para cuyo aseguramiento se establece<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> Dice el artículo 2.932, 1: «Si aquel que está obligado a concluir un contrato no cumple la obligación, la otra parte, si es posible y no se ha excluido en el título, puede obtener una sentencia que produzca los efectos del contrato ya concluido.»

Hay que tener en cuenta que la ejecución forzosa específica es posible sólo cuando los bienes gravados estuviesen ya en el contrato preliminar específicamente determinados. Si en el precontrato no se indicó el objeto de la garantía podrá obtenerse sólo una condena genérica a la prestación de ésta pero la sentencia no constituirá título hipotecario. FRAGALI, ob. cit., p. 742. La misma observación hace MESSINEO, voz «Contratto preliminare» en *Enciclopedia del Diritto*, t. X, p. 183, con relación a la ejecución forzosa específica del precontrato en general.

<sup>67</sup> El negocio obligatorio por el que el propietario del fundo se obliga frente al acreedor a constituir la hipoteca («Sicherungsabrede» o «pactum de hypothecando») no requiere ninguna forma específica para su validez. Dicho negocio opera como causa del establecimiento del derecho de hipoteca. Si el «Sicherungsabrede» es nulo, el contrato constitutivo de la hipoteca y la hipoteca misma son válidos y eficaces pero el propietario de la finca hipotecada puede liberarse del gravamen alegando el enriquecimiento injusto del acreedor hipotecario (parágrafo 812). WEBER, *Sicherungsgeschäfte*, 3.ª ed., München, 1986, pp. 141, 142.

<sup>68</sup> La deuda inmobiliaria es un derecho de garantía no accesorio que, al igual que la hipoteca, otorga al acreedor un derecho de realización de valor sobre un fundo. Se distingue de ésta por el hecho de que puede constituirse sin que tenga por objeto el asegurar crédito alguno si bien lo normal es que se establezca para asegurar una obligación. Mientras que la finalidad de garantía es esencial a la hipoteca, no ocurre así con la deuda inmobiliaria. Si la deuda inmobiliaria garantiza un crédito su carácter no accesorio implica que puede transmitirse y gravarse con independencia de aquél.

La deuda inmobiliaria, como la hipoteca, puede adoptar dos modalidades: puede ser de cédula o de registro. En el segundo caso se constituye mediante el acuerdo real de carácter abstracto y la inscripción. En el primer caso es necesario además que la oficina del Registro emita una cédula y que ésta se entregue al acreedor.

Vid. WOLFF, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. III, *Derecho de cosas*, vol. 2.º, trad. española anotada por Pérez y Alguer, 3.ª ed. al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1971, pp. 197 y ss.

<sup>69</sup> Si el crédito para cuya garantía se constituye la hipoteca no llega a nacer, ésta se convierte en una deuda inmobiliaria de propietario. El parágrafo 1.163 dice que se convierte en una hipoteca de propietario («Eigentümerhypothek»), sin embargo ENNECCERUS-WOLFF, ob. cit., p. 306, señala que en rigor se trata de una deuda inmobiliaria y no de una hipoteca ya que no hay ningún crédito asegurado.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Para el establecimiento del derecho de hipoteca es necesario, por aplicación del parágrafo 873<sup>70</sup>, además de la realización del negocio jurídico real dirigido a la constitución de la hipoteca, la inscripción registral<sup>71</sup> siendo preciso, para efectuar esta última, que el propietario de la finca preste su consentimiento formalmente<sup>72</sup>. El negocio dispositivo de constitución de la hipoteca no está sujeto a ninguna forma específica para su validez<sup>73</sup>. Ahora bien, la hipoteca (la hipoteca de tráfico) puede adoptar en el Derecho alemán dos modalidades: puede ser de cédula o de registro<sup>74</sup>. La primera es ante la ley la forma ordinaria, por lo que sólo existe hipoteca de registro cuando se excluye expresamente la emisión de la cédula hipotecaria y así se hace constar en la inscripción registral (parágrafo 1.116)<sup>75</sup>. El nacimiento de la garantía tiene lugar una vez cumplidos tales requisitos. En la hipótesis normal –hipoteca de cédula– la Oficina del Registro, una vez efectuada la inscripción, emite una cédula hipotecaria que pone en manos del propietario. El acreedor sólo adquiere el derecho de hipoteca cuando le es entregada<sup>76</sup> la cédula hipotecaria (parágrafo 1.117).

<sup>70</sup> Dice el parágrafo 873,1: «Para la transmisión de la propiedad de una finca, para el gravamen de una finca con un derecho, así como para la transmisión o gravamen de semejante derecho, es necesario el acuerdo del titular y de la otra parte sobre la producción de la modificación jurídica y la inscripción de dicha modificación jurídica en el Registro en tanto que la ley no prescriba otra cosa».

<sup>71</sup> WESTERMANN, *Sachenrecht*, t. II, *Immobiliarsachenrecht* por EICKMANN y PINGER, 6.ª ed., Heidelberg, 1988, p. 203; BAUR-STURNER, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16.ª ed., München, 1992, p. 381; WEBER, ob. cit., p. 145.

<sup>72</sup> Según el parágrafo 19 de la Ordenanza inmobiliaria alemana «se efectúa la inscripción cuando presta su consentimiento aquel cuyo derecho queda perjudicado por la misma». El consentimiento del sujeto que constituye o transmite el derecho real («Eintragungsbewilligung») debe constar además, en virtud del parágrafo 29, 1 de la G.B.O., en documento público o autenticado. El encargado del Registro no examina si ha existido o no la «Einigung» o acuerdo real dirigido a la constitución del derecho real (consentimiento material), que puede incluso ser posterior a la inscripción –parágrafo 879 B.G.B.–, sino sólo si el que puede perjudicarse por la inscripción la ha consentido (consentimiento formal). Sobre el tema, vid. Pau Pedrón, «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982, II, pp. 976 y ss.; WEBER, ob. cit., p. 146.

<sup>73</sup> En el Derecho alemán el acuerdo real abstracto dirigido a la constitución o transmisión de algún derecho real es por lo general válido cualquiera que sea su forma de realización. Sólo se exige una forma específica para el acuerdo real de transmisión de la propiedad de una finca («Auflassung»). Cfr. parágrafo 925 B.G.B.

<sup>74</sup> La hipoteca de seguridad (en ella los efectos protectores del Registro no se extienden al crédito asegurado y la existencia del crédito no se presume a consecuencia de la inscripción de la hipoteca debiendo probarla el acreedor hipotecario –parágrafo 1.184–) sólo puede ser hipoteca de registro. No puede emitirse una cédula hipotecaria y si se emite es nula (parágrafo 1.185,1). Vid. ENNECCERUS-WOLFF, ob. cit., pp. 349 y ss.

<sup>75</sup> BAUR-STURNER, ob. cit., p. 383; ENNECCERUS-WOLFF, ob. cit., p. 210.

<sup>76</sup> La entrega puede llevarse a cabo mediante subrogados: «traditio brevi manu», «constitutio possessorio» y mediante el pacto por el que el propietario autoriza al acreedor a recibir la cédula de la Oficina del Registro (el pacto no requiere que la cédula haya sido ya expedida por la Oficina del Registro). En este caso se afirma que el acreedor adquiere el derecho de hipoteca desde el momento de la inscripción y con anterioridad a la entrega de la cédula. Esta regla se explica indicando que dicho pacto equivale a la cesión de la pretensión de entrega (que es una modalidad de tradición, parágrafo 931) ya que se cede la pretensión que el propietario tiene, frente al Estado, para que ponga en sus manos la cédula hipotecaria. BAUR-STURNER, ob. cit., p. 382; WEBER, ob. cit., p. 152; ENNECCERUS-WOLFF, ob. cit., pp. 209, 210; WESTERMANN-EICKMANN y PINGER, ob. cit., pp. 210, 211.

Hasta ese momento, si bien existe un derecho real —una vez cumplidos los presupuestos del párrafo 873— se trata de una deuda inmobiliaria de propietario<sup>77</sup>. Cuando tiene lugar la entrega de la cédula esta deuda inmobiliaria se transforma en una hipoteca cuyo titular es el acreedor (párrafo 1.163.2)<sup>78</sup>.

### III. LA PUBLICIDAD REGISTRAL COMO «FORMA» DEL NEGOCIO CONSTITUTIVO DE HIPOTECA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La inscripción de la hipoteca tiene, frente a la regla general, carácter constitutivo. Así lo afirma la doctrina mayoritariamente<sup>79</sup>. El carácter constitutivo de la inscripción hipotecaria encuentra su justificación en la falta de exteriorización de este derecho real puesto que, además de no existir desplazamiento posesorio —que cumple una genérica función de publicidad—, no se manifiesta en su goce con actos materiales o tangibles, lo que impide hacer cognoscible para los terceros la existencia del gravamen. La exigencia de inscripción para el nacimiento del derecho real de hipoteca encuentra, pues, su fundamento en la propia seguridad jurídica y en la necesidad de proteger a los que contratan sobre bienes inmuebles<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> Es sabido que en el Derecho alemán rige, en materia de hipotecas, el sistema de «puestos fijos». Las hipotecas de rango inferior no avanzan de puesto cuando se dan los presupuestos necesarios para la extinción de la hipoteca preferente ya que la hipoteca que debería extinguirse se transfiere al propietario de la finca que adquiere el puesto correspondiente. Se habla por ello de «hipotecas de propietario». Aunque suelen utilizarse indistintamente los términos «hipoteca de propietario» y «deuda inmobiliaria de propietario» (de hecho, la propia ley no es suficientemente precisa a la hora de utilizar una u otra expresión) algunos autores advierten que ambos términos no son sinónimos. Puesto que la hipoteca tiene carácter accesorio y dependiente de un crédito, sólo existe hipoteca de propietario cuando éste adquiere no sólo la hipoteca, sino también el crédito (por ej. si el hipotecante y el deudor son personas distintas y aquél satisface al acreedor de manera que adquiere el crédito contra el deudor garantizado con la hipoteca recayente sobre su propia finca). En los demás casos, aunque se habla de «hipoteca de propietario» (así, cuando se extingue el crédito garantizado por la hipoteca transfiriéndose ésta al propietario —párrafo 1.163— o cuando el acreedor hipotecario renuncia a la hipoteca adquiriéndola el titular del fundo gravado —párrafo 1.164—) no existe en rigor hipoteca de propietario sino deuda inmobiliaria de propietario.

En la hipótesis en que se otorgue una hipoteca de cédula, desde la inscripción registral y hasta la entrega de la cédula el propietario de la finca gravada es, en realidad, titular de una deuda inmobiliaria de propietario y no de una hipoteca de propietario. Vid. WOLFF, ob. cit., pp. 299 y ss. También, PAU PEDRÓN, ob. cit., pp. 986, 987.

<sup>78</sup> ENNECCERUS-WOLFF, ob. cit., p. 209; WESTERMANN-EICKMANN y PINGER, ob. cit., pp. 208 y ss.; BAUR-STURNER, ob. cit., p. 382.

<sup>79</sup> Por todos, vid. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. I, 7.ª ed., Barcelona, 1979, pp. 199 y ss.; GARCÍA GARCÍA, «Comentario a los artículos 1.874-1.880 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 1900. Contra, GORDILLO, «Excerpta en tema de constitución de hipoteca voluntaria», en *Estudios de Derecho civil en homenaje a Lacruz Berdejo*, t. I, Barcelona, 1992, pp. 427 y ss.

<sup>80</sup> MANRESA y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6.ª ed. rev. por Gómez Ysabel, Madrid, 1973, p. 652; GARCÍA GARCÍA, «Comentario», cit., p. 1.899.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

En consecuencia, cuando se trata de hipotecas voluntarias de origen contractual, la definitiva constitución del derecho real requiere la concurrencia de dos elementos: la documentación del contrato en escritura pública y la inscripción registral. Se ha discutido si los requisitos de publicidad registral pueden tener la consideración de «forma» de los actos jurídicos<sup>81</sup>. Sin embargo, si por «forma» del negocio se entiende el medio de exteriorización de las declaraciones de voluntad –que puede ser impuesto por la ley o libremente escogido por las partes según que el negocio de que se trate tenga o no carácter formal– es claro que la publicidad registral, aun cuando tenga carácter constitutivo, debe ser relegada a la categoría de «formalidad» que técnicamente (y aunque en ocasiones se utilice para hacer referencia a aquellos requisitos de forma –en sentido estricto– exigidos por la ley para la validez de un negocio jurídico) designa a aquellos requisitos exigidos por la ley como elementos añadidos a la propia declaración de voluntad y externos al negocio jurídico mismo pero necesarios para la producción de un determinado efecto jurídico<sup>82</sup>. En consecuencia, la inscripción de la hipoteca podría considerarse un «requisito formal» pero en el sentido antedicho, como requisito necesario, junto con el negocio jurídico constitutivo de la hipoteca, que reviste su propia forma, para el efectivo nacimiento del derecho real<sup>83</sup>. Si bien la inscripción registral forma parte del supuesto de hecho complejo de constitución de la garantía hipotecaria, en cuanto «formalidad» o forma de publicidad,

<sup>81</sup> Recogen la polémica doctrinal, ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, I, cit., pp. 190 y ss., manifestándose en contra de que la inscripción –sea declarativa o constitutiva– pueda considerarse forma del negocio jurídico. LAPENNA, voz «Forma degli atti» (Dir. international), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVI, p. 1008, muestra sus dudas acerca de la posibilidad de incluir las formas de publicidad dentro del concepto de «forma» de los actos jurídicos.

<sup>82</sup> GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, París, 1975, pp. 213, 214; GIORGIANNI, voz «Forma degli atti» (Dir. privato) en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVII, p. 1000; GALGANO, *El negocio jurídico*, trad. por Blasco Gascó y Prats Albentosa, Valencia, 1992, p. 144; ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, *Introducción y parte general*, vol. 2.º, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 11.ª ed., Barcelona, 1991, p. 349.

En el Derecho alemán se dice que cuando además de la declaración de voluntad se exige algún requisito, como la inscripción registral, para la producción de determinados efectos jurídicos –recuérdese que en el Derecho alemán la transmisión o constitución de derechos reales requiere, junto con el negocio de disposición de carácter abstracto, la inscripción registral– tal requisito no puede considerarse como forma negocial pues ésta sólo se refiere a la necesidad de documentar la declaración de voluntad. Así, en ausencia de la inscripción registral requerida para la efectiva constitución de los derechos reales, el negocio puede calificarse como incompleto pero no adolece de nulidad. Cfr. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, zweiter Band, *Das Rechtsgeschäft*, 2.ª ed., Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1975, pp. 248, 249; FÖRSCHLER, «Comentario al párrafo 125 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, t. 1, München, 1978, p. 721; Dilcher, «Comentario al párrafo 125 B.G.B.», en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, t. I, 12.ª ed., Berlín, 1980, p. 324.

<sup>83</sup> Así, dice DE LOS MOZOS «La forma del negocio jurídico», en *ADC*, 1968, p. 764, citando a ALBALADEJO, que en la hipoteca se da una «forma concurrente» porque la inscripción registral es un elemento ajeno al acto o contrato, que acompaña a éste, y forma parte de la configuración del «factum» como un todo. SANCHEZ REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil*, t. III, *Derechos reales*, vol. 2.º, *Derechos reales limitados, situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Barcelona, 1991, p. 357, observa que «en cuanto etapa y requisito del proceso constitutivo, puede decirse que la inscripción es una forma: pero no del contrato de hipoteca expresado ya en su propia forma (escritura pública) sino del derecho real».

debe ser diferenciada de la forma del contrato mismo<sup>84</sup>. La falta de inscripción no afecta a la validez del negocio, ahora bien, el supuesto de hecho de constitución de la hipoteca estará incompleto<sup>85</sup> y, por consiguiente, no se producirá el efectivo nacimiento del derecho real.

Recientemente se ha dicho, no obstante, que el carácter constitutivo de la inscripción registral hay que predicarlo tanto del derecho real de hipoteca como del contrato o negocio de hipoteca afirmándose que la inscripción es también «requisito legal de existencia y validez del negocio» y que antes de la inscripción «podrá existir un contrato de préstamo o de crédito o de reconocimiento de deuda pero no un contrato de hipoteca»<sup>86</sup>. Se olvida, sin embargo, que un mero contrato de préstamo, por más que conste en escritura pública, no permite a las partes constituir el derecho de hipoteca mediante la correspondiente inscripción. Es preciso que exista un acuerdo de voluntades que tenga como finalidad constituir el derecho real de hipoteca en garantía de una obligación. Es este acuerdo –que aunque suela acompañar al contrato del que deriva la obligación garantizada debe distinguirse de éste por tratarse de negocios jurídicos distintos– el que, en cuanto título constitutivo de un derecho real, es susceptible de inscripción (cfr. art. 2 L.H.). La opinión antedicha sólo podría explicarse reduciendo el concepto de contrato de hipoteca al efecto a cuya consecución se dirige: nacimiento de la garantía. Sin embargo, no cabe pensar que antes de producirse dicho efecto no existe el contrato, pues éste es necesario para que tenga lugar aquél. Es innegable que el contrato de hipoteca –aun en su consideración como contrato inmediatamente dispositivo y no obligatorio– tiene existencia previa a la inscripción registral pues opera como «título» para la adquisición del derecho de hipoteca mediante la correspondiente inscripción<sup>87</sup>. El acreedor, una vez celebrado en escritura pública el contrato de hipoteca y antes de la inscripción, se encuentra, en palabras de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en una situación de «vocación al derecho real» que puede quedar defendida mediante la práctica de los asientos de presentación del título<sup>88</sup>– téngase en cuenta que la formalización del título inscribible en

<sup>84</sup> ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. IV, 2.º, 7.ª ed., Barcelona, 1979, p. 668, afirman que la inscripción de la hipoteca no es forma negocial sino «conditio iuris» o presupuesto legal que juntamente con el negocio jurídico de disposición integra el supuesto de hecho que la ley exige para que se produzca el efecto o resultado jurídico correspondiente, que aquí es el nacimiento o constitución de la hipoteca, de suerte que entonces la inscripción viene a desempeñar un papel semejante al que despliega la «traditio» en las enajenaciones de bienes».

<sup>85</sup> FLUME, ob. cit., p. 249.

<sup>86</sup> GARCÍA GARCÍA, «Comentario», cit., p. 1899.

<sup>87</sup> Cfr. RUBINO, ob. cit., pp. 229, 232; FRAGALI, ob. cit., pp. 741, 753, 754.

No debe olvidarse que el negocio jurídico tiene una doble eficacia, la de establecer una regla de conducta y la de «título de una serie de derechos, facultades, obligaciones y cargas, o expresado de otro modo, de fundamento de una relación jurídica, de creador de una nueva relación jurídica». (DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 32, 34).

<sup>88</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 5.ª ed., Madrid, 1992, p. 518.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

escritura pública faculta a cada uno de los contratantes a solicitar la inscripción registral (art. 6 L.H.)— sin que, una vez celebrado el contrato, ninguna de las partes pueda revocarlo unilateralmente ni, por supuesto, impedir la práctica de la inscripción<sup>89</sup>.

### IV. LA FORMA DEL CONTRATO DE HIPOTECA: ESTADO DE LA CUESTIÓN. CRÍTICA DE LA OPINIÓN QUE SOSTIENE EL CARÁCTER SOLEMNE DEL CONTRATO DE HIPOTECA

El contrato constitutivo del derecho de hipoteca se encuentra obviamente incluido entre los enumerados en el número 1 del artículo 1.280 C.c. Dado que este precepto se interpreta en relación con el artículo 1.279 C.c., podría pensarse que, de no constar dicho contrato en escritura pública, las partes pueden compelerse a su otorgamiento. Sin embargo, el artículo 1.875 C.c. exige para la válida constitución de la hipoteca «que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la propiedad»<sup>90</sup> y el artículo 145 L.H. requiere para que «las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas», además de la inscripción del título en el Registro, «que se hayan constituido en escritura pública». Partiendo de ambos preceptos un sector de la doctrina deduce que la escritura pública tiene el carácter de forma «ad solemnitatem» del contrato de hipoteca. Sin embargo, mientras que respecto del contrato de donación no cabe duda, a la vista de los artículos 632 y 633 del C.c., de que la forma prescrita en la ley es elemento esencial de dicho contrato, la cuestión no está tan clara respecto del contrato de hipoteca.

Antes de examinar las opiniones vertidas por la doctrina en cuanto al valor que debe atribuirse a la exigencia de escritura pública hay que señalar que algunos autores no se pronuncian expresamente sobre el carácter de la forma exigida para el contrato de hipoteca limitándose a constatar la previsión de los artículos 1.875 C.c. y 145 L.H.<sup>91</sup>. En segundo lugar, es de notar que de las afirmaciones de un buen grupo de autores no se deduce con claridad si consideran la escritura pública elemento constitutivo del contrato de hipoteca o, solamente, requisito necesario para la definitiva constitución del

<sup>89</sup> ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, IV, 2.º, cit., p. 206, nota 1, citando a Lacruz.

<sup>90</sup> ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, *Derecho de bienes*, vol. 2.º, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, 7.ª ed., Barcelona, 1991, p. 304, advierte, en relación a esta última frase, que debe entenderse que se refiere al documento «tendente» a establecer la hipoteca puesto que, siendo la inscripción constitutiva, en el documento no se constituye el derecho real.

<sup>91</sup> Así, MANRESA, ob. cit., pp. 656 y ss.; GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. XXII, Jaén, 1980, pp. 479 y ss.;

derecho real<sup>92</sup>, lo que no es sino una muestra de la tendencia a confundir el contrato de hipoteca con la garantía real<sup>93</sup>. Hecha esta salvedad, puede decirse que la doctrina se encuentra dividida en dos grandes grupos:

– aquel que sostiene que la omisión de la forma pública ocasiona la nulidad o inexistencia del contrato de hipoteca calificándose éste como un contrato solemne<sup>94</sup>.

---

ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 303, dice que, excepto las llamadas hipotecas legales tácitas, las demás no se constituyen sino mediante «el otorgamiento solemne del acto que la ley señale, que generalmente es escritura pública (art. 145,1 L.H.)» y «la inscripción en el Registro de la propiedad (C.c. art. 1.875, L.H., art. 145.2)» y añade que el apartado primero del artículo 145 «dispone ser necesaria la constitución en escritura pública de las hipotecas voluntarias».

<sup>92</sup> Parecen considerar la escritura pública requisito necesario para el nacimiento del derecho real pero no para la validez del contrato, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 420 y RIERA AISA, voz «Hipoteca», *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, t. XI, Barcelona, 1979, pp. 61, 62.

El primero dice: «con carácter constitutivo –para que la hipoteca quede válidamente constituida– se exige un doble requisito formal: documento público (ordinariamente escritura pública) e inscripción en el Registro (en este sentido arts. 145 L.H. y 1.875 C.c.). Ambos requisitos se exigen *ad substantiam*». De la afirmación de este autor se desprende que considera la escritura pública indispensable para el nacimiento de la hipoteca (en este sentido es requisito *ad substantiam*: en relación al derecho de hipoteca, no al contrato) no parece, sin embargo, que la considere elemento esencial del negocio constitutivo de la garantía.

RIERA AISA indica, igualmente, que la escritura pública es necesaria para la constitución de la hipoteca no siendo posible constituirla en documento privado. No aclara si la considera o no requisito constitutivo del contrato de hipoteca.

<sup>93</sup> VIÑAS MEY, *Derecho civil español*, t. III, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1926, dice «la hipoteca necesita para constituirse de la forma auténtica y de su inscripción en el Registro de inmuebles bajo pena de nulidad (art. 1.875 C.c.)». Cabría preguntarse si lo nulo es el derecho de hipoteca o el contrato constitutivo.

DE LOS MOZOS, ob. cit., pp. 763, 764, incluye dentro de los «negocios formales» el de constitución de hipoteca diciendo que «entre los negocios de Derecho patrimonial para los que se exige una forma especial tenemos, en primer lugar, al derecho real de hipoteca (arts. 1.875,1 y 145 L.H.), pues su constitución exige escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad».

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, 1.º, *Doctrina general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1978, pp. 163, 165, incluye dentro del epígrafe referente a los «requisitos de forma de carácter esencial para la validez de los contratos», no el contrato de hipoteca, sino «la constitución del derecho de hipoteca», pues dice en el punto tercero del indicado epígrafe: «también requiere necesariamente el otorgamiento de escritura pública y, además, la inscripción en el Registro de la propiedad la constitución del derecho real de hipoteca». En el tomo III, vol. 2.º, de los Fundamentos (Barcelona, 1983, pp. 118, 119) hace notar que entre los «elementos formales» necesarios para la constitución de la hipoteca voluntaria se encuentran el otorgamiento de la escritura pública y la inscripción registral, pero no especifica nada más.

<sup>94</sup> VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, *Derechos reales*, 4.ª ed., Valladolid, 1936, p. 608, nota 1; SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XXIX, redactado por APALATEGUI, Madrid, 1955, p. 491.

CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones*, 14.ª ed. rev. por García Cantero, Madrid, 1986, p. 548, afirma que «en los casos de la donación, censo e hipoteca, no parece caber duda de que la ley impone la escritura pública como requisito necesario para la validez del contrato».

SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 357, sostiene que «la escritura pública es forma sustancial del contrato de hipoteca. El consentimiento expresado en otra forma (que no sea escritura pública) es contractualmente irrelevante... No se trata, pues, de la exigencia genérica del artículo 1.280.1 C.c. cuyo incumplimiento produce los efectos determinados por el artículo 1.279. El artículo 1.875 exceptiona para la hipoteca la regla general contenida en aquellos preceptos para los contratos relativos a los restantes derechos reales inmobiliarios».



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

– y aquel que entiende que el contrato de hipoteca es válido y obligatorio cualquiera que sea su forma de realización pudiendo las partes, una vez perfeccionado el contrato, compelerse al otorgamiento de la escritura pública en base al artículo 1.279 C.c.<sup>95</sup>.

Es importante señalar que algunos de los autores que mantienen esta última opinión, en concreto DE BUEN y COSSÍO<sup>96</sup> –a los que cabría añadir DÍEZ-PICAZO y GULLÓN<sup>97</sup>– califican el contrato de hipoteca no documentado en escritura pública –que según esta posición doctrinal tiene eficacia obligatoria y legítima a las partes a exigir el otorgamiento de escritura pública ex artículo 1.279 C.c.– como promesa de hipoteca. Sin embargo, llama especialmente la atención el que, también los autores que sostienen el carácter solemne del contrato de hipoteca, afirmen que el contrato de hipoteca verbal o

---

<sup>95</sup> DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, ed. rev. por Cossio y Corral y Gullón Ballesteros, Madrid, 1979, pp. 374 y 375, nota 1, entiende que, aunque la hipoteca sin inscripción no quede válidamente constituida, el contrato será obligatorio cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado pudiendo las partes compelerse a llenar el requisito de forma en virtud del artículo 1.279.

DE BUEN, *Notas a COLIN Y CAPITANT*, t. IV, 3.ª ed. rev., Madrid, 1955, p. 510, dice que si la hipoteca se otorga en documento privado no será tal «hipoteca»; pero «según la doctrina del artículo 1.279 del C.c. los contratantes podrán compelerse a llenar la forma exigida desde que hubiese intervenido el consentimiento necesario. Lo que no valga como hipoteca podrá valer como promesa de constitución de hipoteca».

COSSÍO y CORRAL, *Instituciones de Derecho hipotecario*, rev. y puesta al día por Cossío y Martínez, Madrid, 1986, pp. 348, 349, dice que en la constitución de la hipoteca voluntaria pueden distinguirse varios momentos, siendo el primero de ellos el pacto privado por el que las partes se obligan a constituir hipoteca –pacto que considera precontrato de hipoteca– que confiere acción para pedir el otorgamiento de la escritura pública exigida en el artículo 1.280,1 en virtud del artículo 1.279.

LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2.º, *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, p. 129, observa que la regla del artículo 1.279 «podría extenderse a todos los casos en que un contrato que requiere una forma especial se haya concluido sin llenarla, de modo, sin embargo, que la convención estipulada pueda tener alguna virtualidad en cuanto generadora de vínculos obligacionales entre las partes» e incluye en este supuesto al contrato de hipoteca no otorgado en escritura pública.

También consideran aplicable el artículo 1.279 al contrato de hipoteca, LÓPEZ LÓPEZ, «Comentario a los artículos 1.278 a 1.280 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1990, p. 506 y REGLERO, «Comentario a los artículos 1.278-1.280 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t. XVII, vol. 1-B, Madrid, 1993, pp. 723, 724.

<sup>96</sup> Vid. sus opiniones en la nota anterior.

<sup>97</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en el vol. II del *Sistema de Derecho civil* (6.ª ed., Madrid, 1992, p. 50) incluyen, dentro de los actos y contratos que necesitan la forma sustancial, «la hipoteca sobre inmuebles». Sin embargo, en el vol. I (7.ª ed., Madrid, 1990, p. 541), al estudiar la forma del negocio jurídico en general, sostienen que el artículo 1.279 es aplicable al supuesto de una hipoteca pactada en documento privado: «Como la existencia de este derecho real exige como forma “ad substantiam” la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad, es evidente que no ha nacido entonces el derecho de garantía. Pero en base al artículo 1.279 el acreedor puede compeler al deudor al otorgamiento de la escritura pública correspondiente para la inscripción registral». En el vol. III del indicado Sistema (5.ª ed., Madrid, 1992, p. 518) afirman que el supuesto del contrato de hipoteca que no conste en escritura pública «puede refundirse en el artículo 1.862 y debe entenderse como promesa de hipoteca» produciendo acciones meramente personales.

Pese a lo dicho al principio, para estos autores, en definitiva, la inobservancia de la forma pública no ocasiona la nulidad del contrato, éste pasa a considerarse como promesa de hipoteca, pudiendo las partes compelerse al otorgamiento de escritura pública ex artículo 1.279 C.c.

constante en documento privado tiene los efectos de una promesa de hipoteca<sup>98</sup> o equivale a ella<sup>99</sup>. Este hecho hace incongruente la tesis que postulan pues si se piensa que el contrato no formal de hipoteca vale como promesa de hipoteca (art. 1.862 C.c.) no es posible mantener, al mismo tiempo, que la escritura pública es forma constitutiva del indicado contrato.

En primer lugar porque, si se piensa que la promesa de hipoteca regulada en el artículo 1.862 C.c. es un precontrato, debe tenerse en cuenta que según la opinión más generalizada –no sólo en el Derecho español, sino también en el extranjero– el precontrato de un contrato solemne debe revestir la forma requerida para la validez del contrato proyectado puesto que, en otro caso, se estaría burlando la finalidad de las normas que imponen la forma. Sólo cuando la forma prevista en la ley para un determinado contrato se requiere para producir ciertos efectos (por ej. posibilidad de inscripción) el precontrato relativo al mismo es válido sin necesidad de observarla<sup>100</sup>. Ello

<sup>98</sup> SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 357, tras afirmar que la escritura pública es forma sustancial del contrato de hipoteca, dice: «Así un contrato de hipoteca verbal o constante en documento privado puede producir los efectos de un trato preliminar, acaso los de una promesa de hipoteca (cfr. art. 1.862 C.c.), pero ni siquiera faculta al acreedor para compeler al hipotecante al otorgamiento de escritura pública».

<sup>99</sup> VALVERDE, ob. cit., p. 608, nota 1, tras indicar que el contrato de hipoteca no celebrado en escritura pública es «nulo con nulidad radical», añade: «ahora bien, creo pues, que la hipoteca en donde no concurren tales solemnidades lo más que puede ser es una promesa de hipoteca».

Por su parte SCAEVOLA-APALATEGUI, ob. cit., pp. 331, 332 y ss., que mantiene el carácter solemne del contrato de hipoteca, conceptúa la promesa de hipoteca como un contrato consensual, no formal, cuyo contenido es el de una obligación de hacer: la de suscribir la correspondiente escritura pública para que pueda realizarse la inscripción registral. Ello implica, obviamente, que el contrato no formal por el que las partes acuerdan la constitución de la hipoteca es, a su juicio, una promesa de hipoteca.

<sup>100</sup> Por todos, vid. DE CASTRO, «La promesa de contrato», en *ADC*, 1950, p. 1175, 1176; ROMÁN GARCÍA, *El precontrato, Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1983, pp. 161 y ss.; Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 316.

En el Derecho italiano y francés, vid. GHESTIN, *Les obligations, Le contrat: formation*, 2.ª ed., París, 1988, p. 341; GUERRIERO, ob. cit., p. 415; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, 1948, pp. 445; SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Commentario del Codice civile* dirigido por Scialoja y Branca, Bologna, 1987, pp. 445 y ss.; GIUSTI, *Il contratto preliminare*, Milano, 1992, pp. 125, 126 (recuérdese que en el Derecho italiano el artículo 1.351 C.c. impone la nulidad del contrato preliminar que no se haga en la forma prescrita para el definitivo).

En el Derecho alemán el precontrato requiere como regla la misma forma que el contrato definitivo, sin embargo, se hacen algunas excepciones atendiendo al fundamento y finalidad de la forma prevista en la ley. Para determinar si el precontrato precisa la forma del contrato definitivo hay que preguntarse si la finalidad a que sirve la forma se cumple observándola únicamente el contrato proyectado. Así, en los casos en que la función de la forma es proteger a los propios contratantes contra la precipitación (por ej. en la donación obligacional –parágrafo 518 B.G.B.– o en el contrato de fianza –parágrafo 766 B.G.B.–) el precontrato no es válido si no reviste dicha forma. En cambio, se admite la validez del precontrato no formal si la finalidad es otra (facilitar la prueba del contrato, permitir el conocimiento del mismo por los terceros, etc.). Así ocurre en el supuesto del contrato de arrendamiento de inmuebles de duración superior a un año: se entiende que la forma escrita exigida en la ley tiene como objeto permitir a eventuales adquirentes del bien conocer la existencia del contrato por ello, se dice, no es necesario que el contrato preliminar se realice por escrito. (Hay que recordar, por otra parte, que la falta de forma del contrato –definitivo– de arrendamiento no ocasiona su nulidad, sino su conversión en un contrato de duración indeterminada –cfr. parágrafo. 566 B.G.B.–). Vid. HENRICH, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, Eine dogmatische-systematische Untersuchung der vertragliche Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss*, Berlin-Tübingen, 1965, pp. 147 y ss.; HELDRICH, «Die Form des Vertrages», en *AcP*, 1941, p. 111; FÖRSCHLER, «Comentario al parágrafo 125 B.G.B.», *Münchener Kommentar zum B.G.B.* t.1, München, 1978, p. 722.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

implica, por consiguiente, que la validez del precontrato de hipoteca celebrado en cualquier forma sólo puede ser consecuencia del carácter no solemne del contrato de hipoteca<sup>101</sup>.

En segundo lugar, porque la promesa de constituir hipoteca, según el artículo 1.862 C.c. «produce acción personal entre los contratantes». Es decir, genera un vínculo obligatorio. Si el contrato de hipoteca que no consta en escritura pública tiene efectos obligatorios —puesto que se entiende que equivale a una promesa de hipoteca— no puede decirse que es nulo, ni por tanto, que la escritura pública es forma «ad solemnitatem» de dicho contrato. El negocio nulo, como es sabido, carece de todo efecto negocial, esto es, el Ordenamiento jurídico no dota al negocio de ninguno de los efectos jurídicos designados como queridos por los contratantes. Su ineficacia es definitiva e insanable pudiendo las partes comportarse como si no hubieran concluido el negocio ya que tal ineficacia opera «ipso iure», sin necesidad de declaración judicial<sup>102</sup>. Es evi-

<sup>101</sup> Así lo indica GUERRIERO, ob. cit., pp. 416, 417, en relación a la tendencia existente en el Derecho francés a admitir la validez de la promesa de hipoteca no formal, pese a que se afirma el carácter solemne del contrato de hipoteca.

Los autores franceses, para justificar la anomalía que supone la posibilidad de celebrar la promesa de hipoteca en cualquier forma, han acudido a un razonamiento semejante al utilizado en el Derecho alemán para eximir a determinados precontratos de toda solemnidad. Se dice que como en el contrato de hipoteca la forma no tiene como finalidad proteger a los contratantes y asegurar un consentimiento libre sino permitir la constatación del acto y proteger a los terceros que puedan verse afectados por tal derecho real, la simple promesa es válida cualquiera que sea su forma de realización. Como el derecho real nace del contrato de hipoteca —en el Derecho francés basta el consentimiento para el nacimiento («inter partes») del derecho real— y no de la promesa, que no tiene más que efectos obligatorios, no es necesario observar la exigencia de forma cuando no ha nacido la garantía. (Vid. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, 1.ª parte, Paris, 1986, pp. 261, 450; MARTY y RAYNAUD, *Les obligations*, t. I, 2.ª ed., Sirey-Paris, 1988, p. 55).

Debería tenerse en cuenta, sin embargo, que el derecho real de hipoteca no es eficaz frente a terceros hasta que no se inscribe en el Registro, de manera que lo que tiene relevancia para la protección de los terceros es la publicidad registral y no la forma pública del contrato (debe recordarse que el documento privado reconocido o depositado ante notario también puede ser inscrito). Además se olvida que la doctrina francesa ha justificado tradicionalmente el rigor formal del artículo 2.127 C.c. aduciendo que la intervención del notario tiene una función de protección de los intereses de acreedor hipotecario y deudor constituyente (vid. nota 43), lo que no casa con la afirmación de que dicha forma sólo tiene como finalidad la protección de terceros (en este sentido, vid. GHESTIN, ob. cit., p. 342).

En cualquier caso, hay que advertir que en el Derecho francés no se admite la ejecución forzosa en forma específica de la promesa de hipoteca. Cabría pensar que este hecho justifica, en cierto modo, la admisibilidad del precontrato de hipoteca no formal, ya que, como dice RIVERO HERNÁNDEZ (*Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Teoría general del contrato*, cit., pp. 273, 275) cuando el precontrato no aparece como una primera fase de un «iter» negocial de formación progresiva (tesis dominante en el Derecho español), sino que adopta la estructura de contrato que obliga a emitir un consentimiento posterior, siendo la voluntad individual infungible y resolviéndose la negativa en una indemnización de daños, no parece necesario que revista la forma necesaria para la validez del contrato proyectado. De hecho, en el Derecho italiano se ha hecho notar que la regla impuesta en el Código de 1942 (art. 1.351 C.c.), que exige para el precontrato la forma del contrato definitivo, es consecuencia de la articulación en dicho Código de un sistema de ejecución en forma específica del contrato preliminar (art. 2.932 C.c.). Cfr. GIUSTI, ob. cit., p. 126.

<sup>102</sup> Por todos, vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 471 y ss.; DíEZ-PICAZO, *Teoría general del contrato*, cit., pp. 445 y ss.; STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. y notas por Santos Briz, Madrid, 1959, pp. 83 y ss.; CARIOTA-FERRARA, ob. cit., pp. 341 y ss.

dente, sin embargo, que el contrato de hipoteca que no reviste la forma pública, en cuanto promesa de hipoteca, vincula a las partes, que no pueden desconocer el negocio realizado, y produce efectos negociales: genera acciones personales entre los contratantes que les permiten reclamar el cumplimiento de lo prometido. No es sostenible, en consecuencia, la tesis que propugna que la escritura pública es elemento esencial del contrato de hipoteca.

Para que la forma exigida por la ley tenga la consideración de forma sustancial no es suficiente la imperatividad de la previsión legal, es necesario que la propia ley la imponga bajo pena de nulidad<sup>103</sup> o que dicha sanción, aun no estando prevista expresamente, sea consecuencia ineludible de la propia «ratio» del precepto<sup>104</sup>. Ni el artículo 1.875 C.c. ni el artículo 145 L.H. sancionan con la nulidad del contrato de hipoteca la omisión de la forma pública. El primero ni siquiera hace referencia a la necesidad de escritura pública limitándose a exigir, para la validez de la hipoteca (derecho real) y no del contrato de hipoteca, la inscripción registral del «documento en que se constituya», que lógicamente deberá ser un documento susceptible de inscripción (art. 3 L.H.). El segundo sí exige la escritura pública, pero «para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas», es decir, para la válida constitución del derecho real de hipoteca y no, nuevamente, para el contrato de hipoteca. Lo que de estos artículos se deduce es que la escritura pública es indispensable para el nacimiento de la garantía –lo cual es lógico porque de otro modo el contrato no puede ser inscrito (art. 3 L.H.)– pero no que sea indispensable para la validez del contrato dirigido a constituirlo<sup>105</sup>.

Debe evitarse la tendencia a confundir el contrato de hipoteca con el derecho real a cuya constitución se dirige, tendencia que tiene su base, probablemente, en el hecho de que el Código configura el contrato de hipoteca como un contrato de eficacia real. Así lo demuestra el que el artículo 1.857 incluya entre los requisitos esenciales

<sup>103</sup> GIORGIANNI, ob. cit., p. 998; CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, París, 1982, página 169.

<sup>104</sup> El artículo 6.3 C.c. dispone que los actos contrarios a normas imperativas son nulos de pleno derecho, salvo que se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. Con base a este precepto, y teniendo en cuenta la prohibición de aplicar analógicamente las normas sancionadoras (art. 4.2 C.c.), se estima que cabe declarar nulo un acto, aunque no haya texto legal que lo proclame, si así se deriva del significado y finalidad de las normas infringidas. [ROCA TRÍAS, «Comentario al artículo 4 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t. I, vol. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1992, pp. 611, 612; GULLÓN, «Comentario al artículo 4 C.c.», en *Comentario del Código civil*, (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, p. 30]. Dado que en el Derecho español la regla es la libertad de forma (artículo 1.278 C.c.) sólo debe sancionarse con la nulidad del negocio la omisión de la forma prescrita en la ley –cuando no se prevé ninguna sanción para su inobservancia– si así lo exige la propia finalidad a que sirve dicha forma, es decir, si los intereses que se pretenden tutelar con la imposición de la misma resultaran vulnerados de admitirse la validez del negocio no formal. En este sentido, vid. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, pp. 19 y ss.

<sup>105</sup> En este sentido, GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 642 y ss.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

del contrato de hipoteca exigencias como la propiedad o el poder de disposición sobre el bien hipotecado que, en rigor, son necesarios para el efectivo nacimiento del derecho real, pero no para contraer válidamente la obligación de constituirlo<sup>106</sup>. Lo que el Código regula en sede de contrato de hipoteca no son las relaciones obligatorias dimanantes del contrato y dirigidas a la producción del efecto jurídico real, como sucede, por ejemplo, en sede de compraventa, sino el derecho real de hipoteca. Es decir, configura el contrato de hipoteca como creador de una relación jurídica real y no como creador de una relación obligatoria dirigida a la constitución de un derecho real como sería lo normal atendiendo a la concepción de contrato en que se basa el propio Código (art. 1.254, 609 C.c.). Ello se debe a que, si bien la constitución de la hipoteca es consecuencia de la inscripción registral y no del contrato mismo, estando éste documentado en escritura pública, basta que cualquiera de las personas designadas en el artículo 6 L.H. solicite la inscripción registral para que tenga lugar el nacimiento del derecho real. El acreedor cuyo título se encuentra formalizado en escritura pública no necesita la cooperación del hipotecante –que, estructurándose el contrato como obligatorio, asumiría la posición de deudor– para adquirir el derecho real.

El contrato de hipoteca que consta en escritura pública es apto para generar el derecho de hipoteca (evidentemente, siempre que se proceda a la inscripción registral), efecto que la ley liga a dicho contrato en cuanto lo concibe como negocio dispositivo de eficacia real. Si el contrato no consta en escritura pública no es idóneo, a causa de la inobservancia de dicha forma y la consiguiente imposibilidad de inscripción, para provocar el efecto propio del negocio. ¿Significa ello que es nulo y carece de todo efecto negocial? Como se indicó en el primer capítulo, de los artículos 1.258 y 1.278 C.c. se deduce que –salvo que se exija la forma como requisito constitutivo del negocio– todo contrato desencadena, como mínimo, efectos obligatorios sin necesidad de revestir ninguna forma específica. El hecho de que el Código configure el contrato de hipoteca como inmediatamente dispositivo no impide que pueda estructurarse como contrato obligatorio puesto que el artículo 1.862 C.c. consagra la validez del contrato obligatorio de hipoteca que «sólo produce acción personal entre los contratantes». Dado que la escritura pública es necesaria únicamente para el nacimiento del derecho real de hipoteca mediante la inscripción (arts. 1.875 C.c. y 145 L.H. en relación al art. 3 L.H.), hay que entender que el contrato de hipoteca que no conste en dicha forma es válido como contrato obligatorio. La falta de forma no afecta pues a la validez del contrato sino a su eficacia típica (el nacimiento de la garantía es el efecto que la ley liga al contrato típico de hipoteca): el contrato no formal carece de eficacia real y tiene eficacia meramente obligatoria. Del negocio constitutivo de la hipoteca, entendido como negocio obli-

<sup>106</sup> Vid. MIQUEL, «Comentario al artículo 609 C.c.», en *Comentario del Código civil*, (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991, pp. 1547 y ss.

gacional, nace la obligación de constituirla, es decir, nace para el hipotecante una obligación de desenvolver la actividad necesaria para el efectivo nacimiento del derecho real<sup>107</sup>. Del contrato de hipoteca no formal, válido como vínculo obligatorio, nace, por tanto, la obligación de constituir la hipoteca. En consecuencia, una vez perfeccionado el contrato, las partes podrán, en virtud del artículo 1.279 C.c., compelerse a llenar la forma exigida «para hacer efectivas las obligaciones propias» de dicho contrato, pues es evidente que el otorgamiento de escritura pública es indispensable para ejecutar la obligación de constituir el derecho real.

## V. PROMESA DE HIPOTECA Y CONTRATO NO FORMAL DE HIPOTECA

Hemos dicho que el contrato de hipoteca verbal o constante en documento privado, si bien no provoca el efecto típico del contrato, es válido y obligatorio entre los contratantes, derivándose la posibilidad de configurar un contrato de hipoteca de estructura obligatoria del artículo 1.862 C.c. De hecho, se ha visto que la mayoría de los autores incluyen el contrato de hipoteca no formal dentro de la figura regulada en el citado artículo 1.862.

Ahora bien, la promesa de hipoteca contemplada en dicho precepto se suele considerar un precontrato<sup>108</sup>. Aunque algunos de los autores que estudian la promesa de hipoteca parecen adoptar la tesis clásica del precontrato<sup>109</sup> (que concibe éste como un contrato por el que las partes se obligan a celebrar en un momento posterior un nuevo contrato<sup>110</sup>) aunque admitiendo la posibilidad de ejecución forzosa en forma

<sup>107</sup> Indica BALLARÍN HERNÁNDEZ, *La hipoteca, génesis de su estructura y función*, Madrid, 1980, pp. 252, 253, 275, que el contrato de hipoteca -en cuanto contrato obligatorio- genera un vínculo que tiene como objeto una conducta de hacer que consiste en prestar la actividad necesaria para la constitución del derecho real. En esta relación jurídica de carácter meramente obligatorio el sujeto activo tiene la facultad de exigir la constitución de la garantía hipotecaria y el sujeto pasivo viene constreñido a constituirla. En la relación obligatoria nacida del contrato de hipoteca, el acto de constitución de ésta es un comportamiento solutorio que la ley estima suficiente para extinguir la obligación, liberar al deudor del compromiso (téngase en cuenta que el deudor -el sujeto obligado a constituir la hipoteca- puede ser tanto el deudor de la obligación garantizada como un tercero, cfr. art. 1.857 in fine) cumplirla y satisfacer al acreedor el derecho de obtenerla.

<sup>108</sup> Por todos, vid., ROMÁN GARCÍA, ob. cit., pp. 243 y ss.

<sup>109</sup> Sobre la teoría clásica del precontrato, vid. ROMÁN GARCÍA, ob. cit., pp. 93 y ss.; DíEZ-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., pp. 305, 306.

<sup>110</sup> Así, dice GUILARTE, ob. cit., p. 584, que «de la promesa surge la vinculación de las partes para realizar todos y cada uno de los actos necesarios para la constitución del derecho real de garantía prometido entre ellos, y fundamentalmente, la *prestación del consentimiento* para que nazca el contrato de hipoteca, al que habrán de añadirse los anteriores requisitos con los que se culmina el proceso de dar vida al gravamen. De modo distinto, celebrado el contrato de constitución de la garantía y prestado, por tanto, el consentimiento contractual, los contratantes están ya en condiciones de compelerse, bien que con una simple acción personal, al cumplimiento de las restantes exigencias de forma necesarias para el nacimiento del

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

específica de la promesa de hipoteca<sup>111</sup>, debe tenerse en cuenta que la tesis dominante en nuestra doctrina acerca de la naturaleza del precontrato es la que, siguiendo a DE CASTRO, entiende que crea un vínculo obligatorio entre las partes del que nace la facultad de poner en vigor el contrato proyectado cuyas condiciones deben haberse fijado ya en la promesa. La promesa de contrato aparece así como una primera fase de un «iter» negocial de formación sucesiva que las partes se han propuesto desenvolver y que responde a la imposibilidad material o jurídica de las mismas para concluir en ese momento el contrato proyectado. En la primera fase la relación contractual se abre ya a las partes pero, en la medida que no ha entrado en vigor el contrato definitivo, todavía no pesan sobre los contratantes los derechos y deberes que constituyen el contenido típico de la relación obligatoria en su fase definitiva. El ejercicio de la facultad de exigir el cumplimiento de la promesa determina la entrada en vigor del contrato proyectado y la producción de los efectos propios de éste. Según esta concepción el precontrato es susceptible de ejecución forzosa en forma específica, pudiendo la autoridad judicial sustituir la voluntad del contratante rebelde. Ahora bien, ello será así siempre que las partes hayan fijado con el suficiente detalle las condiciones del contrato definitivo, de manera que no sea preciso prestar un nuevo consentimiento contractual ya que, en este caso, el incumplimiento sólo dará lugar a una indemnización de daños y perjuicios<sup>112</sup>.

Partiendo de estas premisas, ¿debe considerarse el contrato de hipoteca no documentado en escritura pública y de eficacia meramente obligacional, como un precontrato?

En primer lugar, conviene hacer notar que el concepto de «promesa» vigente en el siglo XIX y el que, probablemente, hay que dar a la expresión utilizada en el artículo 1.862 C.c. no se corresponde exactamente con lo que actualmente entendemos por precontrato o promesa de contrato. El contrato de promesa fue regulado en Las Partidas con el nombre de «promission». Dicho contrato no era más que un

---

derecho real de garantía». En el mismo sentido se pronuncia en «Comentario a los artículos 1.822-1.862 C.c.», en *Comentario del Código civil*, (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 1873.

SCAEVOLA-APALATEGUI, ob. cit., pp. 332 y ss., entiende que la promesa de hipoteca obliga a emitir un posterior consentimiento contractual e indica que genera la obligación de «suscribir el contrato definitivo el cual estará adornado de los requisitos de forma que el ordenamiento jurídico exija».

<sup>111</sup> Señala SCAEVOLA-APALATEGUI, ob. cit., pp. 334, 335 que en la prestación del «consensus» para un contrato de hipoteca no hay nada insustituible ni personalísimo. Si el «consensus» se limita a asentir sobre lo que se convino al prometer, puede prestarse ese asentimiento por sustitución (mediante declaración judicial, obviamente). Asimismo, GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 385, 386, y «Comentario a los artículos 1.822-1.866 C.c.», cit., p. 1873, estima que el consentimiento para la conclusión del contrato definitivo puede ser sustituido mediante la correspondiente declaración judicial.

<sup>112</sup> Vid. DE CASTRO, «La promesa de contrato», cit., pp. 1168 y ss.; ROMÁN GARCÍA, ob. cit., pp. 110 y ss.; Díez-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., pp. 272 y ss.; LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos*, II, 2.º, *Teoría general del contrato*, cit., pp. 272 y ss.

convenio por el que las partes asumían la obligación de dar o hacer algo y que debía celebrarse en la forma verbal de la estipulación romana para que tuviese fuerza obligatoria. Era, pues, un contrato solemne. Tras la publicación de la ley única, título XVI, del Ordenamiento de Alcalá, que, como es sabido, consagró en el Derecho castellano el principio espiritualista, el contrato de «promission» devino no formal. Su fuerza obligatoria residía en el consentimiento, cualquiera que fuese su forma de manifestación<sup>113</sup>. En el siglo XIX, el contrato de promesa –la antigua «promission»– venía a ser una figura contractual genérica en la que tenían cabida todos aquellos acuerdos, celebrados en cualquier forma, por los que los contratantes asumían una obligación de dar o hacer algo, y que no encajaban en algún específico contrato regulado por la ley<sup>114</sup>. Es fácil comprender porqué el artículo 1.862 C.c. denomina «promesa» al contrato de hipoteca que no genera más que acciones personales entre las partes. El Código configuró el contrato de hipoteca como un contrato de eficacia real. El contrato de promesa era concebido como un contrato obligatorio, no formal, que podía tener como objeto todo tipo de compromisos de dar, hacer o no hacer algo<sup>115</sup>. En consecuencia, el convenio de carácter obligatorio dirigido a la constitución del derecho de hipoteca que, dada su falta de eficacia real, no encajaba en el modelo contractual típico establecido en el Código, se califica como «promesa». De acuerdo con lo expuesto, el contrato de hipoteca no documentado en escritura pública, que no tiene aptitud más que para generar efectos obligatorios debe ser incluido, necesariamente, en la figura del artículo 1.862 C.c. que consagra, junto al contrato de hipoteca de eficacia real, un contrato de hipoteca de carácter obligacional.

Es dudoso que la promesa de hipoteca regulada en el artículo 1.862 C.c. fuese, en la mente del legislador, un verdadero precontrato. No obstante, cabría mantener la solución afirmativa si se tiene en cuenta que uno de los posibles contenidos que podía

<sup>113</sup> Como se recordará (*supra*, cap. I, apartado III, 1, A), la supresión de la «causa verbal» del contrato de estipulación o «promission» por la ley única, título XVI del Ordenamiento de Alcalá supuso la desaparición de la diferencia entre el contrato de estipulación –aquel por el cual un sujeto prometía a otro alguna cosa mediante un procedimiento formal en que se sustentaba la fuerza obligatoria de la convención– y el nudo pacto –que, como es sabido, no tenía eficacia obligatoria– puesto que tras dicha ley el nudo consentimiento no nominado adquirió fuerza de obligar.

<sup>114</sup> Vid. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. V, reimp. de la ed. de 1869, Valladolid, 1988, pp. 2 y ss.; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil y el Código civil e Historia general de la legislación española*, t. V, 2.ª ed., Madrid, 1.899, pp. 474 y ss. Para este autor el contrato de promesa tenía carácter unilateral de modo que en él sólo uno de los contratantes asumía la obligación de dar, hacer o no hacer alguna cosa.

<sup>115</sup> Podían ser objeto de promesa todas las cosas que estuvieran dentro del comercio de los hombres. También las no existentes siempre que pudiesen existir aunque ello no fuese cierto ni seguro. Asimismo, las cosas o hechos de un tercero cuando la promesa fuese concebida en la forma de comprometerse el promitente a procurar que este tercero entregara las cosas o realizara los hechos que aquél ofreció. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, t. V, pp. 8, 9; SÁNCHEZ ROMÁN, *ob. cit.*, p. 479.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

adoptar el indicado contrato de promesa era «el compromiso de celebrar un determinado contrato posterior»<sup>116</sup>.

En realidad, cuando la ley configura un contrato dirigido a la transmisión o constitución de un derecho real como contrato inmediatamente dispositivo (con eficacia real) es difícil diferenciar el precontrato o contrato preliminar relativo a dicho contrato y el contrato (definitivo) de eficacia obligatoria<sup>117</sup>. En el Derecho italiano, donde los contratos traslativos y constitutivos de derechos reales tienen, como regla, eficacia real, el precontrato se utiliza para permitir a las partes disociar el momento de prestación del consentimiento y el momento de producción de la modificación jurídica real que, legalmente, y dado que rige el sistema de transmisión consensual de derechos reales, sobreviene en el instante de perfeccionarse el contrato<sup>118</sup>. El contrato preliminar no es sino un contrato obligatorio del que se deriva para el obligado un implícito deber –de naturaleza

<sup>116</sup> SÁNCHEZ ROMÁN. ob. cit., pp. 476, 477; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ ob. cit., t. V, p. 11, señala que el contrato de promesa «pueda servir de preliminar» a todos los contratos. Añade que este tipo de promesa puede adoptar dos formas: unilateral –cuando sólo una de las partes se obliga a vender, arrendar, etcétera– y bilateral, y afirma que ambas producen efectos obligatorios no siendo defendible la opinión que entiende que las promesas unilaterales carecen de valor.

<sup>117</sup> Se ha podido ver, en relación al contrato de donación, que se tiende a confundir el precontrato o promesa de donación con la donación promisorio o donación obligacional, utilizándose la expresión «promesa de donación» para designar indistintamente el precontrato de donación y la donación obligatoria.

<sup>118</sup> En el Derecho italiano el contrato preliminar ha encontrado su mayor aplicación en el sector de la compraventa inmobiliaria ante la necesidad de operar una separación entre efectos obligatorios y efectos reales del contrato, que no es necesaria en aquellos sistemas en que se distingue entre título y modo de adquirir. La necesidad de separar el momento traslativo del obligacional se debe a exigencias prácticas: imposibilidad de obtener autorizaciones administrativas, existencia de cargas temporales que pesan sobre la finca, e incluso a la finalidad de permitir a las constructoras obtener financiación con cargo a sus propios clientes. Con este último objeto se ha desarrollado en los últimos años en Italia una modalidad que se denomina «preliminar de venta con efectos anticipados» que consiste en que en la fase preliminar se producen algunos de los efectos propios de la compraventa, como son el pago del precio, en todo o en parte, por el comprador y, en su caso, la entrega de la posesión del inmueble, quedando supeditado el efecto traslativo a la conclusión del contrato definitivo. El hecho de que en esta modalidad se produzcan, en la fase preliminar, algunos de los efectos obligatorios del contrato de compraventa no excluye su calificación como precontrato siempre y cuando el efecto traslativo quede subordinado a la prestación de un nuevo consentimiento contractual (téngase en cuenta que el precontrato se concibe como un contrato que obliga a concluir otro contrato posterior). GIUSTI, ob. cit., pp. 20, 21; SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Varese, 1990, pp. 33 y ss.

En el Derecho francés, sin embargo, la conocida regla contenida en el artículo 1.589.1 C.c., que dispone que «la promesa de venta equivale a la venta» («la promesse de vente vaut vente»), ha impedido tradicionalmente utilizar la figura del precontrato para diferir los efectos traslativos de ciertos contratos puesto que la finalidad de este precepto parece ser, precisamente, impedir la separación entre los efectos obligatorios y traslativos del contrato de compraventa, regla que se extiende a los demás contratos traslativos y constitutivos de derechos reales. Ello ha dificultado largamente la concepción de la promesa bilateral de contrato como una figura autónoma –la promesa unilateral (equivalente al contrato de opción en nuestro Derecho) sí goza, por el contrario de autonomía– reconduciéndola generalmente la jurisprudencia a la figura del contrato a término o bajo condición suspensiva. No obstante, últimamente aparecen en el tráfico inmobiliario algunas figuras que se consideran contrato preliminar («avant-contract») de carácter bilateral y que no se identifican con la promesa de venta regulada en el Código civil. Así se ha admitido en materia de venta de inmuebles en construcción, entendiéndose que el contrato por el que el vendedor se obliga a reservar la vivienda al comprador y éste a adquirirla es un contrato preliminar que se sustrae a la previsión del artículo 1.589 del Code (GHESTIN, ob. cit., pp. 254 y ss.; SPECIALE, ob. cit., pp. 170, 171).

personal— de transmitir o constituir en favor del otro contratante el derecho prometido<sup>119</sup>. Ahora bien, en el Derecho italiano, pese a las numerosas teorías que a lo largo del siglo se han ido sucediendo en torno a la figura del precontrato<sup>120</sup>, la doctrina y la jurisprudencia permanece apegada a la concepción del precontrato como contrato que obliga a la emisión de un consentimiento contractual posterior<sup>121</sup>, de ahí que la ejecución de la obligación de constituir el derecho real dimanante del precontrato implique la conclusión del contrato definitivo al que se liga la producción del efecto real. Se utiliza así, como criterio de distinción entre el contrato preliminar de un contrato traslativo o constitutivo de derechos reales y el contrato (definitivo) de eficacia obligatoria, el que la producción del efecto traslativo se subordine a la emisión de una nueva manifestación de voluntad, lo que sólo sucede en el primer caso<sup>122</sup>. En el Derecho español, sin embargo, dado que se entiende que la promesa de contrato no obliga a la emisión de un consentimiento contractual posterior sino al cumplimiento del proyectado contrato una vez ejercitada la facultad derivada del precontrato de ponerlo en vigor, no es posible utilizar tal criterio de diferenciación. Aunque en nuestra opinión el contrato por el que las partes se obligan a constituir la hipoteca se califica como «promesa» atendiendo fundamentalmente a la diversa eficacia que provoca respecto del contrato típico, pensamos que es posible encuadrar dicha promesa en la figura del precontrato si se piensa que la facultad de exigir la entrada en vigor del contrato de hipoteca proyectado equivale a la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación de constituir la garantía, puesto que, configurándose el contrato de hipoteca como contrato de eficacia real, su entrada en vigor equivale al nacimiento de la relación jurídica real.

Desde este punto de vista, el contrato no formal de hipoteca que, como hemos dicho, debe englobarse en la promesa de hipoteca regulada en el artículo 1.862 C.c., y que genera la obligación de desarrollar la actividad necesaria —en concreto, la formalización del negocio en escritura pública— para constituir el derecho de hipoteca, podría conceptuarse como un precontrato. Observa DÍEZ-PICAZO que «cuando el otorgamiento de una escritura pública que no es necesaria como requisito de la existencia del

<sup>119</sup> MESSINEO, voz «Contratto preliminar», en *Enciclopedia del Diritto*, t. IX, p. 177.

<sup>120</sup> Un resumen de la evolución doctrinal realizan SPECIALE, ob. cit., pp. 9 y ss., y GIUSTI, ob. cit., pp. 27 y ss.

<sup>121</sup> Se afirma, no obstante, que todos los elementos del contrato definitivo deben fijarse en el preliminar (la jurisprudencia más reciente estima, sin embargo, que basta la determinación de los elementos esenciales) y se dice por algunos autores —de modo análogo a lo que suele afirmar la doctrina española— que el contrato preliminar responde a la voluntad negocial de desenvolver el «iter» negocial en dos fases sucesivas (vid. SCOGNAMIGLIO, ob. cit., pp. 428, 429; GIUSTI, ob. cit., pp. 40, 77, 78).

<sup>122</sup> Mientras en el contrato obligatorio de venta (venta de inmuebles a construir o de cosa futura) el efecto traslativo se produce sin necesidad de un nuevo consentimiento contractual, ya que el comprador adquiere la propiedad en el momento en que la cosa deviene existente, en el preliminar de venta la transferencia de la propiedad está supeditada a la conclusión del contrato definitivo (SPECIALE, ob. cit., p. 38).

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

contrato, tiene que diferirse, es frecuente asignar al documento privado o al acuerdo verbal el carácter de precontrato, sin que ello sea en absoluto necesario, pues en tales casos existe ya un contrato definitivo»<sup>123</sup>. Asimismo, indica MESSINEO que no es contrato preliminar aquel por el que las partes se obligan a la documentación posterior en escritura pública, no obstante, supedita esta afirmación a que el contrato contenga todos los elementos aptos para producir la transferencia o constitución del derecho de que se trate<sup>124</sup>. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que ésto es lo que no ocurre cuando se trata de un convenio de constitución de hipoteca no formalizado en escritura pública ya que dicho acuerdo no reúne las condiciones necesarias ni tiene aptitud para provocar la constitución del derecho real, efecto propio del contrato<sup>125</sup>. Por consiguiente, siendo indispensable la documentación del contrato para que éste pueda desplegar su eficacia típica, es posible considerar el negocio del que deriva la obligación de llenar la forma necesaria para la producción de los efectos definitivos del contrato, como un precontrato o promesa de contrato.

Ahora bien, cuando el contrato celebrado entre las partes ha de calificarse como promesa de hipoteca por razón, exclusivamente, de su celebración en forma verbal o en documento privado<sup>126</sup>, la acción derivada de dicha promesa es, en nuestra opinión,

<sup>123</sup> DÍEZ-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., p. 307.

<sup>124</sup> MESSINEO, ob. cit., p. 171. En el mismo sentido, SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 436.

<sup>125</sup> En el Derecho italiano lo que caracteriza al contrato preliminar (cuando se refiere a un contrato traslativo o constitutivo de derechos reales) es la exclusión del efecto traslativo postergándolo hasta el momento de emisión de un consentimiento posterior. Si en el contrato con pacto de documentación la voluntad de las partes no ha subordinado a dicha documentación la producción del efecto traslativo (en caso afirmativo no se trataría ya de una mera documentación sino que supondría la emisión de un nuevo consentimiento contractual) el contrato ha de calificarse como definitivo, teniendo la documentación del negocio el carácter de reproductiva o reconocitiva. (GIUSTI, ob. cit., pp. 40 a 43)

Es de notar que en el Derecho francés, pese a las dificultades dogmáticas y el rechazo de la jurisprudencia a admitir la promesa bilateral de contrato como algo no equivalente al contrato definitivo, la doctrina más reciente admite la autonomía de esta figura en un concreto caso: cuando las partes subordinan la producción de los efectos definitivos del contrato a la formalización del mismo. Ahora bien, si la documentación del negocio se prevé con una finalidad diversa (probatoria, publicitaria, etc.) el contrato ha de considerarse como definitivo, y el cumplimiento de la formalidad una simple modalidad de ejecución. (SPECIALE, ob. cit., p. 167; GHESTIN, ob. cit., p. 268).

En nuestro caso, no se trata ya de que las partes supediten voluntariamente el nacimiento del derecho real de hipoteca al posterior otorgamiento de escritura pública sino de que, legalmente, tal efecto no puede tener lugar en tanto el contrato no se documente en dicha forma. Por tanto, cabe considerar como contrato preliminar o precontrato al contrato de hipoteca verbal o en documento privado. Ahora bien, hay que advertir que la documentación del negocio en el supuesto que comentamos no conlleva una nueva manifestación de voluntad sino que tiene carácter meramente reproductivo o reconocitivo. En el Derecho italiano se mantiene la solución contraria porque, como se ha indicado, domina la concepción del precontrato como generador de una obligación de contratar, sin embargo, en el Derecho español se entiende que de la promesa de contrato sólo nace la facultad de poner en vigor el contrato proyectado sin que sea necesario un nuevo consentimiento contractual, por tanto, la documentación del negocio en escritura pública -indispensable para la entrada en vigor del contrato de hipoteca proyectado- es mera «documentación», reproduce las declaraciones de voluntad ya emitidas (véanse, no obstante, las distintas opiniones en torno a la naturaleza jurídica de la documentación de un contrato previamente perfeccionado en el cap. I, apart. III, 6).

<sup>126</sup> Debe tenerse en cuenta que la promesa de constituir hipoteca da cabida a todos aquellos supuestos en que las partes se obligan a constituir la garantía en un momento posterior por no ser posible estable-

equivalente a la que el artículo 1.279 C.c. concede a los contratantes para compelerse a llenar la forma. Aunque, como se dijo en el primer capítulo, el artículo 1.279 parece estar específicamente pensado para hipótesis en que la forma es requisito «ad probationem» del contrato –hipótesis que no existen en nuestro Código civil–, consagra la idea de que, cuando la forma no es necesaria para la validez del convenio sino para que despliegue ciertos efectos, del propio contrato nacen las acciones correspondientes para exigir su otorgamiento. Dado que la ejecución de la obligación de constituir la hipoteca –y con ello la entrada en vigor del contrato definitivo– no puede tener lugar sin la previa documentación del contrato en escritura pública, las partes pueden compelerse, ex artículo 1.279 C.c., a llenar la forma necesaria «para hacer efectivas las obligaciones» derivadas del mismo<sup>127</sup>.

En el primer capítulo se indicó que la jurisprudencia viene entendiendo (en relación a los supuestos del art. 1.280) que el plazo de prescripción de la acción para compelerse a llenar la forma debe computarse a partir de la consumación del contrato<sup>128</sup>. Sin embargo, en la medida que en el supuesto del contrato de hipoteca la acción para exigir su formalización coincide con la acción para exigir el cumplimiento del mismo, dicho plazo deberá comenzar a contarse desde que pueda pedirse la ejecución del convenio. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, si bien la obligación de documentar el contrato derivada del ejercicio de la facultad prevista en el artículo 1.279 no tiene como regla carácter esencial<sup>129</sup>, en este caso, dado que el otorgamiento de escritura pública es presupuesto indispensable para la ejecución de la obligación de constituir la garantía, aquella

---

cerla en el momento de celebración del negocio, como puede ocurrir en la hipótesis en que el sujeto que se comprometa a la constitución de la garantía no sea todavía propietario del bien que pretende hipotecar (y, por consiguiente, se compromete a adquirir su propiedad) o en el supuesto en que sobre el bien que se quiere dar en garantía pese una prohibición de disponer de carácter temporal (prohibición de disponer, no de vender, en cuyo caso la D.G.R. y N. ha autorizado la inscribibilidad del contrato de hipoteca si se pacta que la posible ejecución de la hipoteca quede supeditada a la pérdida de vigencia de la prohibición. Vid. CÁNIZARES LASO, «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en *ADC*, 1991, t. XLIV, fasc. IV, pp. 1.215 y ss.).

<sup>127</sup> MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 2.º, 6.ª ed. rev. por Moreno Mocholí, Madrid, 1967, p. 675, dice, en relación al artículo 1.279 C.c., que la acción que de él se deriva es diferente a la derivada del contrato preparatorio o precontrato afirmando que en el precontrato, si uno de los obligados no cumple su deber, no cabe como hecho personalísimo sustituir su voluntad por la del juez, traduciéndose en el de indemnizar. Por el contrario, en el supuesto del artículo 1.279, no se trata de un segundo contrato sino de ratificar o dar forma a la convención ya consentida pudiéndose compeler al obligado a esa formalización que el juez haría en su nombre si se resistiere a ello (es evidente que este autor parte aquí de la tesis clásica del precontrato). Sin embargo, en el tomo XX, ya citado, pp. 339 y 340, en relación al artículo 1.862, dice que éste no es sino una aplicación del principio establecido en el artículo 1.279 C.c., porque, si para la efectiva constitución de la garantía es preciso el otorgamiento de la escritura y la inscripción registral, es lógico que hasta entonces no produzca lo pactado más que acciones personales entre los contratantes para compelerse al cumplimiento de lo convenido.

Ya se vio que los autores que sostienen la validez del contrato de hipoteca no documentado en escritura pública, califican a éste como promesa o precontrato y consideran aplicable el artículo 1.279 C.c.

<sup>128</sup> *Supra*, cap. I, apart. III, 2.

<sup>129</sup> *Supra*, cap. I, apart. III, 2.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

obligación adquiere un carácter trascendente. En cualquier caso, en la hipótesis del contrato obligatorio de hipoteca, de carácter unilateral, lo normal será, con independencia de que resulte aplicable el artículo 1.129.2 C.c., que en el contrato en que se constituye la obligación garantizada se pacte que la falta de prestación de la garantía determinará la resolución del mismo.

Para finalizar es importante destacar la siguiente conclusión: la falta de forma, como habíamos dicho, afecta a la eficacia del contrato de hipoteca, no a su validez. El contrato de hipoteca no documentado en escritura pública no es idóneo para provocar el efecto que la ley liga al modelo contractual típico: el nacimiento de la garantía hipotecaria. Ahora bien, al condicionar la forma del contrato la producción de determinados efectos de éste, afecta también a su calificación negocial: el contrato de hipoteca que no consta en escritura pública deja de ser subsumible en el esquema contractual calificado por la ley como «contrato de hipoteca», y debe ser reconducido a la figura denominada «promesa de constituir hipoteca». La forma requerida para el contrato de hipoteca se convierte así en un elemento determinante del tipo contractual al que va a pertenecer el supuesto de hecho negocial<sup>130</sup> y en este sentido puede conceptuarse como un «índice de tipo»<sup>131</sup> o un «elemento esencial del tipo»<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> La doctrina italiana ha puesto de relieve recientemente que existen normas que delimitan y definen el tipo contractual y normas cuya aplicación presupone la inclusión del contrato en un determinado tipo o modelo contractual típico. La alteración de aquellos requisitos prescritos legalmente como elementos definidores del tipo no determina la nulidad del negocio sino sólo la modificación de la calificación aplicable al supuesto negocial. En otras palabras, la inobservancia de las normas que afectan al tipo impide reconducir un determinado hecho empírico a ese tipo negocial concreto. Vid. DI GIOVANNI, *Il tipo y la forma. Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto*, Milano, 1992, pp. 78 y ss., p. 82 (texto y nota 13) y ss.

Es de notar que, con anterioridad, BARBERO, *Sistema del Diritto privato italiano*, vol. 1.º, 6.ª ed., Torino, 1965, p. 352, ya apuntaba que, junto a las categorías de forma «ad probationem» y forma «ad solennitatem» se encontraba otra categoría: la forma relevante «para la calificación del negocio». Esta categoría hace referencia, según este autor, a aquellos casos en que la falta de forma hace a la declaración de voluntad inhábil para producir los efectos propios del tipo negocial aunque es apta para producir los efectos propios de un tipo negocial distinto.

<sup>131</sup> Se entiende por «índices de tipo» aquellos caracteres o datos, regulados por la ley, que permiten indicar o identificar cual es el tipo contractual ante el que estamos. Son datos jurídicos que dan lugar a la diversificación entre tipos contractuales distintos. Cfr. GETE-ALONSO, ob. cit., pp. 40 y ss.

<sup>132</sup> Según DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pp. 68 y ss., p. 78, puede hablarse de elemento esencial tanto en relación a los necesarios para la validez de un contrato como en relación a los necesarios para la presencia de un determinado tipo. Son elementos esenciales del tipo aquellos cuya ausencia impide subsumir el contrato en el tipo legal debiendo ser adscrito a otro tipo o ser calificado como atípico.



## CAPÍTULO IV

### EL CONTATO DE ENFITEUSIS

#### I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

##### 1. La enfiteusis en el Derecho romano y en el Derecho común. La enfiteusis eclesiástica



N el Derecho romano la enfiteusis no aparece como un derecho real autónomo hasta la época justiniana<sup>1</sup>. La enfiteusis justiniana se considera resultado de la fusión de dos instituciones que no se configuraron en sus orígenes como derechos reales sino como relaciones crediti-

---

<sup>1</sup> En el Derecho justiniano la enfiteusis se configura como un «ius in re aliena» consistente en el más amplio disfrute sobre un fundo ajeno: el enfiteuta podía hacer uso del fundo en el modo que estimara conveniente, además podía transmitirlo «inter vivos» o «mortis causa». El concedente de la enfiteusis era el propietario del fundo, el enfiteuta ostentaba sólo un derecho real limitado, titularidad a la que se conectaban determinadas obligaciones frente al concedente, fundamentalmente la obligación de pago del canon y la obligación de no deteriorar el fundo. Vid. ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, vol. I, *Parte general, derechos reales*, 13.ª ed. rev. por Bonet, Madrid, 1974, p. 306; CARIOTA-FERRARA, *L'enfiteusi*, en *Trattato*

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

cias<sup>2</sup>: Por un lado, la «locatio-conductio» de los «agri vectigales», concesiones de terrenos pertenecientes al Estado, municipios, etc. que se hacían en favor de los particulares –quienes tenían la obligación de pagar un canon anual– a perpetuidad o por mucho tiempo: cien años o más<sup>3</sup>. Por otro lado, la «emphyteusis» de origen griego. En los territorios helenísticos eran comunes los arrendamientos de carácter perpetuo, la administración imperial continuó dicha práctica<sup>4</sup>, y aunque parece que hubo dos tipos de concesión: la denominada «ius emphyteuticum» y la llamada «ius perpetuum»<sup>5</sup>, a finales del siglo IV o principios del V las dos modalidades se fundieron en una única figura denominada «emphyteusis»<sup>6</sup>.

En la época de Justiniano se funden las dos instituciones anteriormente mencionadas (el «ager vectigalis» romano y la «emphyteusis» de origen griego)<sup>7</sup>, adquiriendo la enfiteusis definitivamente la categoría de derecho real autónomo con los caracteres

---

*di Diritto civile italiano* dirigido por Vasalli, t. IV, vol. 4.º, Torino, 1950, p. 10; VACCARI, voz «Enfiteusi» (storia), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIV, p. 916.

<sup>2</sup> ARIAS RAMOS, ob. cit., p. 307.

<sup>3</sup> Vid. ARANGIO RUIZ, *Instituciones de Derecho romano*, trad. argentina, Buenos Aires, 1986, pp. 281 y 282; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, p. 434. El carácter perpetuo o indefinido de la concesión hizo que los jurisconsultos clásicos dudaran si se trataba de un arrendamiento o una compraventa sin que se llegara a una solución definitiva. La idea del arrendamiento venía sugerida por la existencia de un canon anual y por el hecho de que la suspensión del pago determinaba la revocabilidad de la concesión. En cambio la perpetuidad y transferibilidad del derecho del concesionario hacía pensar que se trataba de una compraventa (cfr. BONFANTE, *Curso di Diritto romano*, vol. III, *Diritti reali*, ristampa corretta della 1.ª ed., Milano, 1972, p. 161; ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 282; IGLESIAS, *Derecho romano, Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1983, p. 365). En cualquier caso, se dice que cuando el Pretor otorgó al concesionario una «actio in rem» análoga a la «reivindicatio», el derecho del concesionario, que no tenía inicialmente más que carácter obligatorio se transformó en un derecho real (ARIAS RAMOS, ob. cit., p. 307).

<sup>4</sup> Se hacían estos arrendamientos, fundamentalmente, sobre tierras no cultivadas pertenecientes al Emperador que los cultivadores, pagando un canon, se encargaban de poner en explotación. Vid. ARIAS RAMOS, ob. cit., p. 307.

<sup>5</sup> La primera concesión recaía sobre terrenos de carácter privado perteneciente a la dinastía reinante. El «ius perpetuum» sobre terrenos pertenecientes al Estado o al Fisco imperial. Mientras el «ius perpetuum» era irrevocable y no modificables sus condiciones, los fundos enfiteuticarios estaban sujetos a la renovación periódica de la concesión (ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 284; ARIAS RAMOS, ob. cit., p. 307, nota 378; VOLTERRA, ob. cit., pp. 434 y 435; FUENTESECA, *Derecho privado romano*, Madrid, 1978, pp. 154, 155).

<sup>6</sup> Esta asume los caracteres de perpetuidad e invariabilidad del canon propios del «ius perpetuum». Al mismo tiempo se extiende su uso a los particulares (ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 284; ARIAS RAMOS, ob. cit., p. 308).

Al igual que en el período clásico respecto de la «conductio agri vectigalis» se discutió si la «emphyteusis» debía ser concebida como venta o como arrendamiento. El Emperador Zenón hacia el 480 d.c. zanjó la controversia promulgando una constitución en la que se declaraba que el «contrato enfiteutico» tenía una naturaleza «sui generis», no era ni venta, ni arrendamiento. Como la discusión había tenido su mayor proyección en el tema de los riesgos, se estableció que el riesgo se repartía del siguiente modo: si la fuerza mayor destruía el fundo había de sufrir la pérdida el concedente, si se producían daños temporales o reparables el riesgo lo sufría el concesionario que debía seguir pagando el canon (ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 285; BONFANTE, ob. cit., p. 162; FAVARA, voz «Enfiteusi», en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, p. 539).

<sup>7</sup> BONFANTE, ob. cit., p. 162.

que tradicionalmente la definen<sup>8</sup>. La enfiteusis podía constituirse mediante acto de última voluntad o mediante usucapión pero el contrato era la fuente usual. Este último no precisaba ninguna forma específica<sup>9</sup>.

Conviene hacer notar que cuando se habla de la enfiteusis romana se hace referencia a la enfiteusis tal y como aparece en el Derecho justiniano. Para la constitución contractual de la enfiteusis en su configuración justiniana no es precisa la forma escrita. La documentación del negocio constitutivo será posteriormente habitual a consecuencia de la extensión de las formalidades requeridas para la enfiteusis eclesiástica a la de carácter laico ya que a partir del siglo V fueron usuales las concesiones de terrenos en enfiteusis por parte de los entes eclesiásticos. La enfiteusis eclesiástica se regía por las normas de la enfiteusis ordinaria salvo algunas especialidades, entre las que destaca la relativa a la solemnidad del contrato constitutivo que debía realizarse por escrito<sup>10</sup>. Probablemente por influencia de lo establecido para la enfiteusis eclesiástica devino habitual la redacción por escrito de los contratos constitutivos de enfiteusis<sup>11</sup>. Según algunos autores, en la Edad Media era normal la documentación del contrato constitutivo de la enfiteusis<sup>12</sup> en una «charta emphyteoseos» redactada comúnmente ante notario y suscrita por las partes<sup>13</sup>. Hay que hacer notar, sin embargo, que en el Derecho común se discutió abundantemente acer-

<sup>8</sup> Se introduce la obligación del enfiteuta de no deteriorar el fundo; se reconoce al propietario un derecho de prelación en caso de que el enfiteuta pretenda enajenar el fundo y, si no lo ejercita, se le atribuye el derecho a percibir el laudemio. Asimismo, el enfiteuta puede preceder en defensa de su derecho con la «reivindicatio utilis» además de ostentar la «actio confessoria utilis» y la «actio negatoria» —análogas a las acciones de las servidumbres y los interdictos posesorios—. Vid. ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 286, VOLTERRA, ob. cit., p. 435; TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 1987, pp. 314 y 315.

<sup>9</sup> VOLTERRA, ob. cit., p. 436; BONFANTE, ob. cit., p. 166, dice además que el derecho real surgía inmediatamente en base al contrato.

<sup>10</sup> Además, existían diferencias en relación a la determinación del canon y a la facultad de comiso del concedente. Vid. FORCHIELLI, voz «Enfiteusi ecclesiastica», en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, Torino, 1960, p. 554.

<sup>11</sup> FORCHIELLI, ob. cit., p. 556.

<sup>12</sup> Hay que tener en cuenta que a lo largo de la Edad Media la enfiteusis convive con otras instituciones semejantes con las que llega a confundirse. Concretamente en Italia se confunde el contrato de enfiteusis con el contrato de «livello», el de censo, el de «affitto» o pensión perpetua, etc. (COVIÁN, voz «Enfiteusis» en *Enciclopedia jurídica española*, t. XIII, Barcelona, 1919, p. 649, nota 5; FORCHIELLI, ob. cit., p. 555; VACCARI, ob. cit., p. 916). Además, la teoría del dominio dividido creada por los glosadores para explicar la naturaleza jurídica de la enfiteusis (dado que en el Derecho romano se concedía al enfiteuta una acción reivindicatoria denominada «reivindicatio utilis» se pensó que existían en la enfiteusis dos dominios: el del propietario y el del enfiteuta, correspondiendo al primero el dominio directo y el dominio útil al enfiteuta —VACCARI, ob. cit., p. 917—) determinó que esta institución se equiparara a las concesiones feudales, ya que, como señalan COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. II, vol. 2.º, trad. de la 2.ª ed. francesa anotada por De Buen, 4.ª ed. rev. por Marín Pérez y Gómez Ysabel, Madrid, 1961, p. 467, lo que caracterizaba la propiedad feudal era la yuxtaposición en un mismo fundo de dos propiedades: el dominio eminente correspondiente al señor y el dominio útil correspondiente al poseedor efectivo. Así en Francia llegó a ser frecuente la denominación «feudo ed enfiteusi» (cfr. VACCARI, ob. cit., p. 919).

<sup>13</sup> VACCARI, ob. cit., p. 916.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

ca de si la forma escrita era o no necesaria para el contrato de enfiteusis. Para unos era requerida «ad substantiam», para otros «ad probationem», e incluso no faltaban los que la consideraban absolutamente innecesaria. Como no se llegó a una conclusión definitiva, en la práctica se terminó por prescindir de la forma escrita evitándose así las discusiones acerca de su naturaleza de elemento esencial o no del contrato<sup>14</sup>. De ahí que, a principios del siglo XIX, los tratadistas sostuvieran que para la enfiteusis eclesiástica —para la que se había exigido tradicionalmente la documentación del contrato— la forma escrita sólo era requerida «ad probationem»<sup>15</sup>.

### 2. Derecho histórico español

En Las Partidas sólo se regulaba la enfiteusis, no apareciendo la figura de los censos consignativos y reservativos que, según la opinión dominante, no se introdujeron, al menos en su significación actual, hasta el siglo XV<sup>16</sup>. No se distingue el contrato de enfiteusis del derecho real que genera hablándose indistintamente de «emphyteosis» o de «contractus emphyteoticus».

Nos interesa destacar que la enfiteusis no era considerada como un censo en el sentido que en el Código tiene tal derecho real sino que se consideraba una institución intermedia entre la venta y el arrendamiento, que participaba de la naturaleza de ambas<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> BORSARI, *Il contratto d'enfiteusi*, Ferrara, 1.850, p. 27; CARIOTA-FERRARA, ob. cit., pp. 65 y 66; TRIFONE, *Enfiteusi*, en *Comentario del Codice civile* dirigido por Scialoja y Branca, libro terzo: *Proprietà*, 4.ª ed., Bologna-Roma, 1978, pp. 9, 10.

<sup>15</sup> TRIFONE, ob. cit., p. 10. Como contraposición a esta tendencia doctrinal, en 1834 un Reglamento de Gregorio XVI dispuso que los contratos de enfiteusis y de censo no eran válidos cuando no se estipulaban por instrumento público. Pese a que el reglamento gregoriano era claro al respecto, señala BORSARI (ob. cit., pp. 29, 30 y 31) que continuaron las discusiones doctrinales acerca del carácter sustancial o no de la forma pública requerida, afirmando este autor que la doctrina mayoritaria se inclinaba a interpretar que la disposición legal no hablaba de la escritura sino en modo «enunciativo», «recordando aquello que de ordinario debe hacerse pero sin prescribir que ello concierne a la perfección del contrato».

<sup>16</sup> Suele decirse que el censo consignativo apareció hacia el año 1492 en Castilla. Tenía sus antecedentes en los llamados «jueros» que consistían en una renta anual, a cargo del Estado, que pagaba en dinero o especie en recompensa del servicio o capitales prestados por los vasallos (cfr. BONILLA MARÍN, *La propiedad dividida*, Granada, 1920, p. 51, nota 4; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. II, reimp. de la ed. de 1869, Valladolid, 1988, pp. 41 y ss.). Del censo reservativo no se conocen antecedentes concretos. En la Novísima Recopilación, el título 15 del libro X «De los censos» se regulan ya los censos consignativos y reservativos. Contiene un resumen de la legislación censual hasta su época si bien muy pocas de sus normas afectan a la enfiteusis (COVIÁN, ob. cit., p. 652; también, *Comentario al Código civil español* por la Redacción de la Revista de Derecho internacional, t. II, Madrid, 1889, p. 674).

<sup>17</sup> Así se pone de manifiesto en la P. 1, 14, 3: «Emphyteosis es manera de enajenamiento de que fezimós eminente en la tercera ley antes desta, e es de tal natura que directamente no puede ser llamado vendida, nin arrendamiento, como quier que tiene natura en sí de ambas a dos».

Aunque en la P. 5, 8, 28 se dice que el «contractus emphyteoticus» tiene como objeto una cosa raíz «que es dada a censo señalado» la expresión «censo» sustituye aquí a la de «pensión» o «prestación», signi-

Durante el siglo XVII se trataba todavía la enfiteusis como institución independiente de los censos. Es más, los jurisconsultos de esta época negaban que la enfiteusis pudiera calificarse propia y verdaderamente como censo<sup>18</sup>. Fue en el siglo XIX y por obra de la doctrina de esta época cuando se llegó a asimilar la enfiteusis a los censos consignativos y reservativos, pasando tal concepción al Código civil<sup>19</sup>.

La aclaración es importante porque, si bien en Las Partidas se exigía una determinada forma –escritura pública– para el contrato de enfiteusis, en el siglo XIX, y a consecuencia de la equiparación de la enfiteusis a los demás censos, la doctrina tendió a extender la exigencia formal prevista exclusivamente para aquél a los contratos de censo reservativo y consignativo<sup>20</sup>.

Limitándonos a lo establecido en Las Partidas, la ley 28, título VIII, P. V, disponía que el «contractus emphyteoticus... deve ser fecho con plazer de ambas las partes: e por escrito, ca de otra guisa non valdria» y la ley 3, título XIV, P. I, establecía que la enfiteusis «es manera de enajenamiento» que «devese fazer por carta de escrivano publico, o del señor que lo da, e despues desto non se puede desatar...»<sup>21</sup>. En general se entendía

---

ficado que tenía etimológicamente (sobre la etimología y acepciones de la palabra «censo» Vid. RODRIGUEZ ARIAS, en *Código civil comentado* de MUCIUS SCAEVOLA, t. XXIV, parte 2.ª, 2.ª ed., Madrid, 1951, pp. 255 y ss.); es la pensión la calificada como censo y no el contrato ni la relación jurídica resultante en su integridad (cfr. COVIÁN, ob. cit., p. 651; texto y nota 7). El propio GREGORIO LÓPEZ, en la Glosa a la P. 5, 3, 28, advierte que no debe pensarse que «contractus emphyteoticus» equivale a «contractus censualis» ya que entre ellos existen muchas diferencias.

<sup>18</sup> Se indicaba que el verdadero censo era aquel por el que se transfería el dominio –el directo y el útil, solía aclararse– reservándose el transferente el derecho a una pensión. Vid. COVIÁN, ob. cit., p. 652, y SCAEVOLA-RODRIGUEZ ARIAS, ob. cit., pp. 259 y ss., que cita a los distintos autores del s. XVII.

<sup>19</sup> Los autores del siglo pasado conceptuaron el censo como un derecho a percibir una pensión, derecho que tenía carácter real pues suponía un gravamen sobre una finca. Se calificaba como censo toda situación jurídica en que existiera un derecho de tales características diferenciándose los distintos censos únicamente en función de aquello que se daba a cambio de la pensión. Así, se solía definir el contrato de censo –que ya se distingue del derecho real resultante– como aquel «por el que se adquiere el derecho de exigir de una persona un canon anual o pensión por habersele transferido el dominio útil de la finca o éste juntamente con el directo o por haberle prestado una cantidad consignándola sobre bienes raíces suyos». Vid. ALVAREZ, *Instituciones de Derecho real español*, t. I, Madrid, 1829, p. 90; SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, t. I, 3.ª ed., Madrid, 1832, p. 308; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ *Códigos o estudios fundamentales de Derecho civil español*, t. IV, reimp. de la ed. de 1869, Valladolid, 1988, p. 534.

<sup>20</sup> Algunos autores como FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, p. 618, estiman que la forma prevista para el contrato de enfiteusis es exigible en relación con todo contrato de censo. Asimismo, VISO, *Lecciones elementales de Derecho civil*, t. III, *De las obligaciones*, 6.ª ed. rev. por Salom y Puig, Valencia, 1889, pp. 342 y 343. También SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, *El Derecho civil español en forma de Código*, Madrid, 1871, p. 399, estima necesaria la escritura pública en el contrato de censo consignativo.

Con posterioridad al Código civil, la Sentencia de 10 de octubre de 1913, en relación a un censo constituido bajo el Derecho de Partidas, dijo que la escritura pública requerida para el contrato de enfiteusis era requisito «igualmente obligatorio para los demás censos».

<sup>21</sup> La documentación del contrato constitutivo de enfiteusis en escritura pública fue práctica habitual en los territorios de Derecho foral. Así ocurría en Cataluña, en virtud de algunas costumbres catalanas y de

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

que el contrato constitutivo de la enfiteusis debía realizarse en documento público. No está claro, sin embargo, el carácter de tal exigencia formal, cuestión ésta que resulta bastante controvertida. Dado que en virtud de la ley única título XVI del Ordenamiento de Alcalá los contratos tenían fuerza obligatoria cualquiera que fuese la forma en que se celebraran<sup>22</sup>, para algunos autores la escritura pública a que se hacía referencia en Las Partidas debía considerarse necesaria únicamente para reclamar en juicio el cumplimiento del contrato afirmándose que del convenio, válido con independencia de su forma de celebración, derivaba una acción personal que permitía a los contratantes exigir su otorgamiento<sup>23</sup>. Otros autores reconocían igualmente la posibilidad de reclamar la documentación del contrato no formal aunque indicando que la formalización de éste era necesaria para que produjera «todos los efectos correspondientes a su naturaleza»<sup>24</sup>.

---

acuerdo con múltiples disposiciones de Derecho general y local (COVIÁN, ob. cit., pp. 701, 707). Es de suponer que en el Derecho mallorquín, que se nutrió fundamentalmente de las Costumbres de Barcelona, los Usatges y, en general, del Derecho catalán, era necesaria también la documentación del contrato de enfiteusis en escritura pública (vid. LALAGUNA, *La enfiteusis en el Derecho civil de Baleares*, Pamplona, 1968, pp. 47 y ss.).

En Aragón el censo enfiteutico se constituía –contractualmente– mediante escritura denominada «instrumento de tributación» que tenía una finalidad probatoria pudiendo suplirse por la «antipoca» o escritura de reconocimiento del censo y por la venta de éste con la carga del tributo (COVIÁN, ob. cit., pp. 713 y 714).

Por lo que respecta al Derecho navarro, señala COVIÁN, ob. cit., p. 710, que «desde muy antiguo se exigió el requisito de la escritura». No obstante, el Fuero general de Navarra (cap. II, tít. 9, libro III), refiriéndose a los censos constituidos por los monasterios o comunidades eclesiásticas decía que cuando algunos claustrales, a nombre de la comunidad, diesen heredades a tributo con escritura, no podía menos de respetar el contrato si el interesado presentaba la escritura. De esta disposición dedujeron los autores que el censo enfiteutico había de constituirse en general por escrito, pero éste era preciso solamente para que el enfiteuta pudiese excepcionar útilmente la existencia de la enfiteusis (CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. II, vol. 2.º, *Derechos reales restringidos*, reimp. de la 13.ª ed. rev. por Marín Pérez, Madrid, 1986, p. 305).

<sup>22</sup> *Supra*, cap. I, apartado III, 1, A.

<sup>23</sup> Así, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, t. 2.º, 11.ª ed. Madrid, 1874, p. 182, nota 3, pp. 321 y 322.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios fundamentales*, t. II, cit., p. 600, tras indicar que «los autores han supuesto que la escritura no es requisito indispensable para que tenga fuerza la obligación; aunque sería necesaria para su cumplimiento», estima preferible entender que la escritura pública era forma solemne del contrato de enfiteusis.

La opinión de ALVAREZ, ob. cit., p. 90, es algo confusa pero parece que entendía que la escritura pública no era requisito constitutivo del contrato. Afirma este autor: «Decimos que es un contrato consensual porque sólo por el consentimiento está perfecto; y así aunque se requiere escritura es como una condición para la constancia del contrato y sin la cual no vale por nuestro Derecho, pero no porque sea contrato literal» (por contrato literal se entendía aquel que se perfeccionaba por medio de la escritura).

<sup>24</sup> MORATÓ, *El Derecho civil español*, t. II, 2.ª ed., Valladolid, 1877, pp. 447 y 448, tras indicar que la exigencia de escritura pública «no cambia la esencia de la convención, que se perfecciona por el solo consentimiento», dice que «si el contrato enfiteutico se justificase por reconocimiento del enfiteuta, confesión judicial u otra prueba suficiente, se podría pedir en su consecuencia el correspondiente otorgamiento de escritura pública en cumplimiento de lo prevenido en la ley citada; y llenada esta formalidad, siendo ya el contrato enfiteutico perfectamente legal, tanto en su esencia como en su forma, habrá de producir todos los efectos correspondientes a su naturaleza».

Al configurarse en el siglo XIX la enfiteusis como una modalidad de censo, se empieza a extender la exigencia de escritura pública, que en principio sólo atañía al contrato de enfiteusis, a los contratos constitutivos de censo reservativo y consignativo. Probablemente la ampliación de tal exigencia formal se debió a necesidades de la práctica y, concretamente, a la necesidad, impuesta por la Ley hipotecaria de 1861, de inscripción registral para la eficacia de los derechos reales frente a tercero. Así se desprende de las afirmaciones de algunos autores de la época que observan que el contrato de censo en general –incluyendo las tres modalidades: reservativo, consignativo y enfiteútico– debe otorgarse en escritura pública para que pueda ser inscrito en el Registro de manera que, no sólo respecto de los contratos de censo reservativo y consignativo, sino también respecto del de censo enfiteútico se llegó a considerar la escritura pública solamente un requisito necesario para la plena eficacia del derecho real resultante mediante la inscripción<sup>25</sup>.

### 3. Proyectos de Código civil

#### A) PROYECTO DE 1836

En el Proyecto de 1836, siguiendo la tendencia existente entre los autores del siglo XIX, se consideró la enfiteusis como una modalidad de censo. Se regulaba en el

---

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ ELÍAS, ob. cit., p. 616, dice, refiriéndose a los distintos contratos de censo, que «aunque por el consentimiento se perfeccionan, como todos los contratos consensuales, es necesario elevarlos a escritura pública e inscribirlos en el Registro de la Propiedad para que produzcan todos sus efectos legales».

SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.ª ed., Madrid, 1899, pp. 719, 711, dice, por su parte, respecto al Derecho anterior al Código: «verdad es que las leyes y la Jurisprudencia consideran como requisito necesario, en la constitución del censo, el otorgamiento de escritura pública, y así lo hacen también indispensable el número 2 del artículo 2 y el artículo 3 de la Ley Hipotecaria; pero obsérvese bien que esto no toca nada a la perfección del contrato, sino tan sólo a la idea del derecho real, para su eficacia respecto de los terceros y a la calidad de inscribibles de los actos o contratos constitutivos de censo para los efectos del Registro de la propiedad».

Hay que señalar, no obstante, que algún autor como VISO, ob. cit., pp. 342, 343, combina la opinión que considera la escritura pública necesaria para pedir judicialmente el cumplimiento del contrato de enfiteusis con la que la considera precisa para la inscripción del título en el Registro. Así, tras observar, en cuanto al contrato de enfiteusis, que «la escritura que exigen las leyes de Partida, no debe considerarse como un requisito indispensable para que tenga fuerza la obligación, pero que no obstante, *la consideramos necesaria para reclamar en juicio su cumplimiento*», afirma, en relación al contrato de censo en general que «*como no puede cumplirse con este requisito del registro sin que se otorgue la correspondiente escritura*, es consiguiente que, por lo menos para los efectos indicados (eficacia frente a terceros), deberá otorgarse dicho documento». Dicho esto concluye indicando que, si bien la escritura pública no es «un requisito indispensable para que exista el contrato de censo», debe otorgarse «*para el caso de tener que acreditar en juicio la existencia legal de este contrato o de tener que dirigirse contra tercero*, pues de lo contrario, sólo tendrá la eficacia necesaria para producir una acción personal por la que podrá exigir un contrayente del otro su otorgamiento».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

título V del libro III dedicado a «obligaciones y contratos y prueba judicial». Al igual que ocurre en el Código civil actual, los censos se incluían entre los contratos y no entre los derechos reales<sup>26</sup>.

En cuanto a la forma del contrato constitutivo de la enfiteusis, estaba sujeto a la regla general establecida para los contratos de censos en el artículo 1.282 del Proyecto: «Todo contrato censual deberá otorgarse en escritura pública».

### B) PROYECTO DE 1851

El Proyecto de 1851, por influencia del Código de Napoleón que consideraba la enfiteusis como un vínculo de carácter feudal y por tanto, destinado a ser suprimido, estableció en su artículo 1.547 que no podrían constituirse «en adelante otros censos que el consignativo y reservativo». Se prohibió, pues, la constitución de censos enfiteúticos<sup>27</sup> regulándose únicamente los censos consignativo y reservativo, también en su vertiente de contratos y no de derechos reales.

Aunque en el título X (libro III) «De los censos y otros contratos análogos» no se decía nada acerca de la forma de los mismos, el artículo 1.554 se remitía en todo «cuanto no se halle especialmente determinado en este título» a las disposiciones relativas a la hipoteca (tit. XIX) y al Registro público (tit. XX). Según el artículo 1.831,2 del Proyecto, los títulos constitutivos de censos consignativos o reservativos debían ser inscritos para surtir efecto contra tercero (art. 1.858) lo que implicaba la necesidad de documentar el contrato en escritura pública (art. 1.821) si se quería dotar de eficacia frente a terceros el derecho real dimanante del contrato. De ahí que, en relación con esta exigencia, el artículo 1.003 del Proyecto, que enumeraba los contratos que debían ser redactados en escritura pública incluyera, en su número 7, los contratos de censo<sup>28</sup>.

### C) ANTEPROYECTO DE 1882-1888

El Anteproyecto de 1882, rompiendo con lo establecido en el Proyecto de Goyena, volvió a admitir la posibilidad de constitución de enfiteusis. Se regulaba la enfiteu-

---

<sup>26</sup> Así, el artículo 1.276 define el censo como «un contrato por el cual uno adquiere el derecho de percibir una pensión, renta o canon en pago de cierta finca o cantidad que ha transferido a otro. También se da el nombre de censo a la misma pensión que se paga. El que satisface la pensión se llama censuario, y el que la cobra censalista».

<sup>27</sup> Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, reimp., Barcelona, 1976, p. 494.

<sup>28</sup> Se incluían en dicho inciso también los contratos constitutivos de renta vitalicia lo que, según GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 40, era debido a que «con arreglo a los artículos 1.830 y 1.831 —que se refieren a los actos sujetos a inscripción— la renta vitalicia es una especie de censo».

Sobre las consecuencias de la omisión de la forma prescrita en el artículo 1.003 del Proyecto, *supra*, cap. I, apart. III, 1, C.

sis, al igual que en el Proyecto de 1836, dentro del título dedicado a los censos, y como un tipo de éstos.

Mientras que en el Proyecto de 1836 se exigía la documentación en escritura pública para todos los contratos de censo, en el Anteproyecto se omitió toda referencia expresa a la forma de los contratos de censo consignativo y reservativo<sup>29</sup>. Sin embargo, el artículo 25 del título dedicado a los censos —precepto casi idéntico al artículo 1.628 C.c.— disponía: «la enfiteusis sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles y en escritura pública».

Resulta curioso que en el Anteproyecto se exigiera el otorgamiento de escritura pública exclusivamente en relación a la constitución del censo enfiteutico si se tiene en cuenta que la doctrina del siglo XIX tendía a extender tal exigencia formal a los contratos de censo consignativo y reservativo en atención a lo dispuesto en la Ley hipotecaria de 1861. Parece evidente, por tanto, que tal regla de forma no guardaba relación con la necesidad de inscribir en el Registro el título constitutivo de la enfiteusis para la eficacia frente a tercero del derecho real pues, en tal caso, se habría extendido dicha prescripción a todo contrato de censo.

## II. DERECHO COMPARADO

### 1. Derecho francés

En el antiguo Derecho francés se mantenía la concepción medieval de la enfiteusis que la consideraba un supuesto de dominio dividido llegando a confundirse esta institución con el feudo<sup>30</sup>. Como tras la Revolución francesa se pretendió suprimir todo rastro de las instituciones feudales, la ley 18-29 de diciembre de 1790 admitió únicamente las enfiteusis de carácter temporal (duración mínima de dieciocho años y máxima de noventa y nueve). Además, las leyes de Messidor y Brumario configuraron la enfiteusis como un derecho real de disfrute sobre cosa ajena, análogo al usufructo, rechazando la teoría de la descomposición del dominio<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> No obstante, debe entenderse que quedaban sujetos a la norma general del artículo 1.293, 1 —antecedente del artículo 1.280 C.c.— según la cual debían contar en documento público los contratos constitutivos, modificativos o extintivos de derechos reales sobre bienes inmuebles. Vid. *supra*, cap. I, apart. III, 1, D.

<sup>30</sup> POTHIER, *Traité du droit de domaine de propriété*, en *Ouvres de Pothier* anotadas por Bougnet, t. IX, 1.º, 2.ª ed., París, 1891, pp. 102, 103, afirma que en las heredades tenidas «en censo» se distinguen dos dominios, el dominio directo que es un dominio de superioridad, el derecho que tienen los señores de hacerse reconocer como tales, y el dominio útil que comprende todo lo que la heredad tenga de útil.

<sup>31</sup> Vid. DURANTON, *Corso di Diritto civile secondo il codice francese*, versión italiana, vol. 1.º, Napoli, 1841, n.º 76 y ss., p. 249; DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens*, t. IX, *De la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4.ª ed., París, 1870, n.º 487, p. 378; JOSSERAND, *Cours de Droit civil positif français*, t. I, 2.ª ed., París, 1932, n.º 1948, p. 1.005.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código de Napoleón omitió toda referencia a la enfiteusis, no incluyéndola entre los derechos reales. Ello ocasionó serias dudas acerca de la subsistencia de la enfiteusis como derecho real; para algunos el silencio del Código debía interpretarse en el sentido de que quedaba desprovista de su carácter de derecho real<sup>32</sup>. Dadas las analogías entre la enfiteusis y el arrendamiento, lo que se discutía era, en esencia, si dándose un arrendamiento de larga duración, el derecho concedido al arrendatario podía adoptar carácter real, en cuyo caso no se trataría ya de arrendamiento sino de enfiteusis temporal<sup>33</sup>. La jurisprudencia francesa sostuvo la subsistencia de la enfiteusis en cuanto derecho real de disfrute análogo al usufructo<sup>34</sup>, consagrando esta solución la ley de 21 de junio de 1902. Dicha ley, incorporada posteriormente al Código rural, reconoce expresamente el carácter de derecho real de la enfiteusis. Sin embargo, la considera una modalidad de arrendamiento denominado «bail emphytéotique»<sup>35</sup>.

En el Derecho francés actual la enfiteusis se diferencia del arrendamiento común en función del carácter real del derecho que se otorga al arrendatario<sup>36</sup>. Por lo que respecta a la forma del contrato constitutivo de la enfiteusis<sup>37</sup>, al considerarse una modalidad del arrendamiento, está sujeto a las mismas reglas que éste (art. 939 Code rural). Ello significa que el contrato de «arrendamiento enfiteutico» puede realizarse en cualquier forma,

---

<sup>32</sup> Se discutía si el silencio del Code suponía la admisibilidad de la enfiteusis de acuerdo con las prescripciones de la Ley de 1790, es decir, de carácter meramente temporal, o si el Código derogaba dicha ley no siendo posible la constitución de enfiteusis de ningún tipo. Además, el artículo 6 de la Ley de Brumario había considerado a la enfiteusis como un derecho susceptible de ser hipotecado, y por tanto, de carácter real. De ahí que, al no hacerlo el Código, algunos autores negaran su existencia como derecho real. Así, DEMOLOMBE, ob. cit., n.º 490 y ss., p. 379 y ss. Por el contrario, DURANTON, ob. cit., pp. 250, 251, y TROPLONG, *Des privilèges et hypothèques*, vol. 2.º, París, 1838, n.º 405, pp. 33, 34, opinaban que la enfiteusis seguía siendo admisible en cuanto derecho real inmobiliario diferente del simple arrendamiento.

<sup>33</sup> Vid. COLIN y CAPITANT, ob. cit., pág. 467; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. III, *Les biens*, por PICARD, París, 1952, p. 986.

En el Derecho belga no se plantearon tales problemas ya que la Ley de 10 de enero de 1824 reguló la enfiteusis manteniendo la configuración que ésta tenía en el antiguo Derecho francés. Vid. LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. VIII, Bruxelles, 1878, número 348, pp. 423 y ss.

<sup>34</sup> Vid. COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 468; JOSSERAND, ob. cit., número 1948, p. 1.005.

<sup>35</sup> MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. II, 2.º, *Biens, droit de propriété et ses démembrement*, 4.ª ed. por DE JUGLART, París, 1969, p. 320; WEILL, *Droit civil, les biens*, 11.ª ed., París, 1974; GIVERDON, voz «Bail emphytéotique», en *Encyclopedie Dalloz*, t. II, p. 1.

<sup>36</sup> CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, 11.ª ed., París, 1983, p. 270; HUDAULT, *Droit rural, Droit de l'exploitation agricole*, París, 1987, pp. 148, 149.

<sup>37</sup> Si tradicionalmente se admitía la constitución de la enfiteusis no sólo mediante contrato sino también mediante acto de última voluntad o mediante prescripción, parece que en la actualidad, en la medida que se la considera un subtipo del arrendamiento, sólo se admite su constitución contractual advirtiéndose que el contrato constitutivo es siempre de carácter oneroso, nunca gratuito. Vid. JOSSE-RAND, ob. cit., número 1948, p. 1.005, MAZEAUD-DE JUGLART, ob. cit., p. 320; WEILL, ob. cit., pp. 578, 579.

tanto verbalmente como por escrito (art. 1.714 C.c.)<sup>38</sup>, si bien, en cuanto genera un derecho real, está sujeto a transcripción<sup>39</sup>, lo que implica que los contratantes se encuentran indirectamente obligados a documentar el contrato en escritura pública<sup>40</sup> si se pretende que el derecho concedido al arrendatario tenga, efectivamente, carácter real<sup>41</sup>.

## 2. Derecho italiano

### A) CÓDIGO CIVIL DE 1865

El Código civil italiano de 1865, influenciado por las tendencias liberales de la época, reformó la disciplina tradicional de la enfiteusis, que se había configurado partiendo de los principios del Derecho romano y del Derecho común, en el intento de suprimir todo lo que pudiera recordar la existencia de un vínculo perpetuo o servil<sup>42</sup>. Los derechos del concedente de la enfiteusis quedaron, así, prácticamente reducidos al derecho al canon (arts. 1.556 y ss. del C.c.)<sup>43</sup>. Ello ocasionó que, ya abandonada la teoría de la descomposición del dominio, algunos autores estimaran que la nueva enfiteusis equivalía a un acto traslativo de la propiedad, ostentando el concedente un «ius in re aliena»<sup>44</sup>. Otros opinaban, en cambio, que el enfiteuta adquiriría un

<sup>38</sup> Aunque según el artículo 1.714 C.c. el contrato de arrendamiento puede celebrarse verbalmente o por escrito la falta de documentación puede dificultar la prueba del mismo. Así si el contrato no se realizó por escrito y aún no ha comenzado su ejecución no se admite la prueba por testigos (art. 1.715). Si se comenzó a ejecutar el arrendamiento y se discute el precio se admite el juramento del propietario (art. 1.716). (Vid. cap. I, apart. II,1). Tales preceptos son también aplicables al arrendamiento enfiteutico. Cfr. JOSSERAND, ob. cit., número 1949, p. 1.005; GIVERDON, ob. cit., p. 2; PLANIOL Y RIPERT, en *Traité pratique de Droit civil français*, t. X, *Contrat civils* por GIVORD y TUNC, 1.<sup>a</sup> partie, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1956 ob. cit., p. 990.

<sup>39</sup> El artículo 28,1 del Decreto 4 de enero de 1955 exige que se publiquen en el Registro todos los actos «inter vivos» que conlleven o constaten la constitución o modificación de derechos reales inmobiliarios. Están sujetos por tanto a transcripción todos los actos que tengan por objeto la constitución o transmisión de derechos reales limitados incluyéndose entre ellos la enfiteusis.

Por otra parte, hay que hacer notar que, aun cuando el arrendamiento ordinario no confiere al arrendatario más que un derecho personal, los arrendamientos de duración superior a doce años están sujetos a transcripción según el artículo 28,1, b del Decreto, subordinándose a su publicidad la oponibilidad del arrendamiento al adquirente.

<sup>40</sup> Es indispensable para acceder a la publicidad registral que el título constitutivo conste en forma auténtica (art. 4 D. 4 de enero de 1955). No obstante, dicho Decreto, en su artículo 68, admite la transcripción de documentos privados siempre y cuando hayan sido depositados ante notario con intervención de todas las partes contratantes y se haya reconocido la escritura y la firma.

<sup>41</sup> PLANIOL y RIPERT-GIVORD y TUNC, ob. cit., p. 990; WEILL, ob. cit., p. 580.

<sup>42</sup> GERMANI, voz «Enfiteusi», en *Nuovo Digesto italiano*, t. V, Torino, 1938, p. 400; CHERCHI, «La natura giuridica dell'enfiteusi», en *Rivista di Diritto civile*, 1933, p. 31.

<sup>43</sup> Vid. GERMANI, ob. cit., p. 400.

<sup>44</sup> Así, CHERCHI, ob. cit., pp. 23 y ss. Entre los autores que estimaban que el enfiteuta adquiría la propiedad se discutía si el derecho del concedente tenía carácter real o personal. Para BARASSI, *I diritti reali limitati, in particolare l'usufrutto e la servitù*, Milano, 1937, pp. 65 y ss. el derecho al canon del con-



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

simple derecho real de disfrute sobre cosa ajena permaneciendo la propiedad en el concedente<sup>45</sup>.

Con independencia de las discusiones acerca de la naturaleza de la enfiteusis lo cierto es que el contrato constitutivo debía realizarse por escrito, puesto que el artículo 1.314,1 C.c. disponía que debían hacerse por acto público o documento privado, bajo pena de nulidad: «las convenciones que transfieran la propiedad de inmuebles o de otros derechos susceptibles de ser hipotecados salvo las disposiciones relativas a la renta sobre el Estado»<sup>46</sup>. Además, era necesaria la transcripción del contrato para la eficacia frente a terceros de los derechos reales nacidos del mismo<sup>47</sup>.

Aunque la forma escrita requerida en el artículo 1.314 C.c. tenía carácter de requisito «ad solemnitatem», la jurisprudencia interpretó de un modo amplio el concepto de acto escrito en relación al contrato de enfiteusis. Se consideraba acto escrito a los efectos del artículo 1.314 C.c., el recibo de pago del canon dado por el concedente al enfiteuta, así como el documento escrito de reconocimiento del derecho del concedente. Además se estimaba que, habiéndose concluido verbalmente un contrato de enfiteusis, la sentencia que decidiera cualquier controversia podía hacer las veces de la escritura constitutiva<sup>48</sup>.

### B) CÓDIGO CIVIL DE 1942

El Código civil de 1942 vuelve a modificar el régimen de la enfiteusis restituyendo al concedente los derechos que tradicionalmente se le atribuían<sup>49</sup>. Ade-

---

cedente no tenía carácter real ni podía identificarse con el concepto de «carga real», tratándose de un derecho de carácter meramente personal.

<sup>45</sup> Así, GERMANI, ob. cit., pp. 400 y ss.; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, trad. de la 4.ª ed. italiana por SERRANO SÚÑER y SANTA-CRUZ TEJEIRO, Madrid, 1979, pp. 748-750.

<sup>46</sup> Tanto si se pensaba que el contrato de enfiteusis suponía la transmisión de la propiedad de la finca como si se mantenía lo contrario podía aplicarse este precepto. Como tanto el derecho del concedente como el derecho del enfiteuta eran susceptibles de ser hipotecados (art. 1.967 C.c.) quedaba englobado en dicha norma el contrato de enfiteusis.

Por otra parte, se admitía también la constitución de enfiteusis por testamento, que debía ser transcrito, y por prescripción de treinta o diez años (VENZI, *Manuale di Diritto civile italiano*, 4.ª ed., Torino, 1929, p. 334; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. III, parte 1.ª, 5.ª ed., Firenze, 1925, p. 880; GERMANI, ob. cit., pp. 401, 402, texto y nota 1)

<sup>47</sup> El artículo 1.932,1 del C.c. de 1865 incluía entre los actos sujetos a transcripción aquellos que transfieren la propiedad de inmuebles u otros bienes o derechos capaces de hipoteca. Vid. GERMANI, ob. cit., p. 401; BRUGI, *Della enfiteusi*, vol. 2.º, en *Il Diritto civile italiano* dirigido por Fiore y Bougi, Napoli-Torino, 1929, p. 274.

<sup>48</sup> Tal postura jurisprudencial fue muy criticada por algunos autores como BRUGI, ob. cit., pp. 272, 273, quien aduce, respecto del último caso, que si la escritura se prescribe «ad substantiam» para el contrato de enfiteusis, no puede admitirse que una sentencia declare aquello que no existe.

<sup>49</sup> Sobre las reformas practicadas por el Código de 1942 y las modificaciones realizadas en algunos aspectos concretos —fundamentalmente el procedimiento de redención de la enfiteusis y la cuantía del

más se incluye la enfiteusis, no ya entre los contratos, sino entre los derechos reales<sup>50</sup>.

Por lo que respecta a la forma del contrato de enfiteusis, el artículo 1.350,2 se refiere ya expresamente al mismo al establecer que deben hacerse por acto público o por documento privado, bajo pena de nulidad «los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran el derecho de usufructo sobre bienes inmuebles, el derecho de superficie, el derecho del concedente o del enfiteuta». Asimismo, el contrato de enfiteusis debe ser transcrito a los fines de oponibilidad a terceros del derecho real (arts. 2.634,2 y 2.644 C.c.).

Aunque la doctrina afirma mayoritariamente que el contrato de enfiteusis celebrado verbalmente es nulo la jurisprudencia italiana actual, a semejanza de la posterior al Código de 1865, mantiene una postura más flexible estimando que el recibo del pago del canon librado por el concedente de la enfiteusis vale como acto escrito, a los efectos del artículo citado, cuando aquélla se invoca en juicio, opinión ésta frecuentemente criticada por la doctrina<sup>51</sup>.

Algunos autores, como CARIOTA-FERRARA, han planteado también la posibilidad de que, en ausencia de título constitutivo o incluso en caso de nulidad del mismo, pueda valer como título el reconocimiento unilateral del enfiteuta. Entiende, no obstante, este autor que para que tenga eficacia constitutiva ha de revestir la forma prescrita para el contrato de enfiteusis estando, además, en tal caso, sujeto a transcripción<sup>52</sup>. En cualquier caso, la jurisprudencia admite que el acto de reconocimiento sirva

---

canon— por leyes posteriores a dicho código (ley 22 de julio de 1966 y 18 de diciembre de 1970 modificada por ley 14 de junio de 1974) vid. CASCIO, voz «Enfiteusi» (Dir. priv.) en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIV, 1965, pp. 921 y ss.; FAVARA, voz «Enfiteusi», *Novissimo Digesto italiano*, t. VI, p. 548, PALERMO, *L'enfiteusi*, en *Trattato di Diritto privato* dirigido por Rescigno, t. VIII, *Proprieté*, vol. 2.º, Torino, 1982, pp. 42 y ss.

<sup>50</sup> Además del contrato, el testamento y la usucapión, se incluye entre los medios de constitución de la enfiteusis la concesión administrativa. Cfr. IANNELLI, *La nuova enfiteusi*, Napoli, 1975, p. 59; ZACCAGNINI y PALATIELLO, *Enfiteusi, superficie, oneri reali*, Napoli, 1984, p. 9; DE MARTINO, *Comentario teorico-pratico al Codice civile. Superficie, enfiteusi, usufruto, uso e abitazione*, Roma, 1972, pp. 92 y ss.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la enfiteusis, aunque sigue siendo objeto de discusión, la doctrina dominante es la que estima que el concedente de la enfiteusis es el verdadero propietario y el enfiteuta titular de un derecho real sobre cosa ajena, así: CARIOTA-FERRARA, ob. cit., pp. 10 y ss.; De Martino, ob. cit., pp. 86, 87; FAVARA, ob. cit., p. 545; CASCIO, ob. cit., pp. 921 y ss.

TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, trad. de la 15.ª ed. italiana con notas por Martínez Calcerrada, Madrid, 1967, p. 497, mantiene la opinión contraria cuando la enfiteusis es de carácter indefinido. Es de parecida opinión, BURDESE, *Manuale di Diritto privato italiano*, Torino, 1974, p. 229.

<sup>51</sup> La doctrina critica esta práctica jurisprudencial afirmando que el recibo es prueba del pago y por tanto de la ejecución —aunque parcial— de las obligaciones contractuales; presupone el contrato pero no lo crea. El recibo suscrito por el enfiteuta contiene solamente la confesión de una precedente concesión, siendo ésta inválida si no se concluyó por escrito. CARIOTA-FERRARA, ob. cit., pp. 240, 241; CASCIO, ob. cit., p. 927, nota 24; IANNELLI, ob. cit., p. 84.

<sup>52</sup> De acuerdo con las reglas generales el reconocimiento no puede tener eficacia constitutiva ya que, en cuanto negocio de fijación, sólo puede estar destinado a fijar de un modo vinculante la relación jurídica ya existente. Pese a ello, CARIOTA-FERRARA, ob. cit., pp. 249-251, estima que cabe admitir una

### ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

para probar la existencia de la enfiteusis sustituyendo al título originario si aquél reproduce el contenido de éste<sup>53</sup>, estimando algunos autores que la eficacia de dicho reconocimiento como subrogado del negocio constitutivo se circunscribe a la hipótesis en que el título se haya perdido<sup>54</sup>.

### 3. Derecho alemán

La institución más semejante a la enfiteusis en el Derecho germánico es la carga real o «reallast», regulada en los párrafos 1.105-1.112 del B.G.B.<sup>55</sup>. La carga real es definida por WOLFF como un «gravamen de derecho privado sobre un inmueble en virtud del cual devenga el inmueble prestaciones reiteradas»<sup>56</sup>.

---

derogación de la regla general en cuanto se refiere a la enfiteusis basándose en que en materia de servidumbres tradicionalmente el documento reconocitivo suplía la falta de título. Ello sólo será así si el reconocimiento se ajusta a la forma prescrita para el contrato de enfiteusis. En otro caso sólo puede tener función reconocitiva propiamente dicha y función probatoria.

Otros autores, como PALERMO, ob. cit., p. 70, niegan que el acto reconocitivo del enfiteuta pueda dar vida a una relación enfiteútica que no haya sido instaurada por su correspondiente título constitutivo.

<sup>53</sup> Vid. TRIFONE, ob. cit., p. 98.

<sup>54</sup> Dice FAVARA, ob. cit., p. 551, que el documento reconocitivo puede tomar el lugar del título originario «si en él se repiten todas las cláusulas del título de origen, eventualmente perdido».

<sup>55</sup> O'CALLAGHAM, «Comentario a los artículos 1.604-1.664 C.c.», en *Comentario del Código civil*, (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 1.226 y PÉREZ y ALGUER, *Notas al Derecho de cosas* de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, vol. 2.º, 3.ª ed. española al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1971, p. 163, aunque en relación a la figura del censo en general. En efecto, los censos suelen ser considerados en nuestro Derecho como cargas reales (cfr. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 4.ª ed., Madrid, 1995, p. 92; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. 1.º, 1.ª parte, 2.ª ed., Barcelona, 1988, p. 18). En este sentido, PÉREZ y ALGUER, loc. ult. cit., p. 172, indican que el Derecho alemán, estableciendo una figura única de carga real «traza un sistema, sobre más sencillo, flexible y previsor, porque admite cualquier causa lícita de constitución de carga real, con la posibilidad de responder a las más distintas necesidades del tráfico. Lo que en nuestro Código determina una diferente calificación del derecho con la consiguiente necesidad de regulaciones detalladas, queda en el Código civil alemán en el plano del contrato causal básico».

<sup>56</sup> WOLFF, en ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. III, *Derecho de cosas*, vol. 2.º, cit., p. 159. WESTERMANN, *Sachenrecht*, t. II, *Immobiliarsachenrecht*, 6.ª ed. por EICKMANN y PINGER, Heidelberg, 1988, p. 375, la definen como «un derecho real con el contenido de prestaciones periódicas sobre un fundo».

Las cargas reales suponen para su titular el derecho a obtener ciertos valores del propietario de un inmueble gozando de la posibilidad de conseguir la prestación singular mediante la ejecución forzosa del inmueble. Además de este derecho de realización de valor, el titular de la carga real tiene la facultad de exigir a aquél que haya sido propietario del inmueble las prestaciones devengadas durante el tiempo que haya ostentado tal cualidad, respondiendo personalmente dicho sujeto de las prestaciones devengadas y no cumplidas (HEDEMANN, *Derechos reales*, vol. II, versión española y notas de Díez Pastor y González Enríquez, Madrid, 1955, p. 382; ENNECCERUS-WOLFF, ob. cit., pp. 168, 169; BAUR-STURNER, *Lehrbuch des Sachenrecht*, 16.ª ed., München, 1992, p. 344).

En la medida que la carga real es un derecho real<sup>57</sup>, al examinar la forma del contrato constitutivo hay que tener en cuenta el peculiar sistema de transmisión inmobiliaria del Derecho alemán. Es preciso distinguir el negocio obligatorio<sup>58</sup>, de carácter causal, en que se apoya la constitución de la relación jurídico real —compraventa, donación, etc.—, del acuerdo real abstracto, «Einigung»<sup>59</sup>, que y junto con la inscripción registral desencadena el efecto real deseado por las partes.

Para el negocio causal básico, si es de carácter oneroso, no hace falta, en general, ninguna forma específica<sup>60</sup>, pero, si es de carácter gratuito, y en cuanto contrato obligatorio, deberá respetar la forma prescrita en el parágrafo 518 B.G.B para la promesa de donación: documentación notarial de la declaración del donante, en este caso, del constituyente de la carga real.

En cuanto al acuerdo real abstracto, como se ha dicho en otras ocasiones, éste es, como regla, válido cualquiera que sea su forma de realización<sup>61</sup>, no siendo necesaria una manifestación expresa de voluntad pues se admite su exteriorización mediante un comportamiento concluyente<sup>62</sup>. Ahora bien, aunque la «Einigung» no formal es eficaz, el parágrafo 873 B.G.B. prevé determinadas exigencias formales que provocan el efecto de hacer tal acuerdo vinculante para las partes<sup>63</sup>. La eficacia vinculante (vincu-

<sup>57</sup> Señala ENNECCERUS-WOLFF, ob. cit., p. 167, nota 14, que el carácter de derecho real es hoy indiscutido aunque antes muchos la consideraran como un derecho de crédito o como una reunión de crédito y derecho real de garantía.

<sup>58</sup> Del negocio obligatorio nace solamente una pretensión de carácter obligacional («schuldrechtlichen Anspruch») a la producción de la modificación jurídica que permite exigir la ejecución del negocio real necesario para que se produzca el efecto real. (BAUR-STURNER, ob. cit., p. 44).

<sup>59</sup> El contrato real abstracto forma parte, por tanto, de la ejecución del negocio obligatorio (EICHLER, *Institutionen des Sachenrechts*, Band II, *Besonderes Teil, die dinglichen Rechte*, Berlin, 1960, p. 338). PAU PEDRÓN, «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982, II, p. 979, señala que suele considerarse como un «desarrollo o verificación del negocio obligacional» calificándolo algunos autores como «negocio de cumplimiento» («Erfüllungsgeschäft»). No obstante, la realización del «Einigung» no equivale al cumplimiento del negocio obligatorio puesto que el acuerdo real por sí sólo no basta para producir la mutación jurídico-real, es precisa además la inscripción registral (EICHLER, ob. cit., p. 339). Por ello se dice que los actos de disposición tienen un doble presupuesto («Doppeltatbestand»): el acuerdo real y la inscripción (WESTERMANN-EICKMANN y PINGER, ob. cit., p. 94).

<sup>60</sup> El parágrafo 313 prevé una determinada forma exclusivamente para el contrato de transmisión de la propiedad de una finca. No es aplicable al supuesto de constitución de un gravamen sobre la misma.

<sup>61</sup> Se exceptúa únicamente el acuerdo real de transmisión de la propiedad de una finca, «Auflassung», para el que el parágrafo 925 exige que la declaración de voluntad del enajenante y el adquirente se emita ante la autoridad competente, generalmente el notario, en presencia simultánea de ambas partes.

<sup>62</sup> Por ejemplo, se dice que, cuando el enajenante entrega al adquirente una autorización de inscripción y éste solicita dicha inscripción hay que estimar la existencia de la «Einigung» materializada mediante un comportamiento concluyente. WACKE, «Comentario a los parágrafos. 873-902 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, Band 4, München, 1981, p. 99. En semejante sentido, WOLFF, ob. cit., p. 231.

<sup>63</sup> Aunque la naturaleza contractual de la «Einigung» parece estar, en la actualidad, fuera de duda (cfr. WESTERMANN-EICKMANN y PINGER, ob. cit., p. 258) y se reconoce la aplicabilidad al acuerdo real de las reglas generales del negocio jurídico (BAUR-STURNER, ob. cit., p. 33; WACKE, ob. cit., p. 97)

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

lación= «Bindung») no debe ser confundida con la eficacia obligatoria (obligación= «Verpflichtung»)<sup>64</sup>. La vinculación supone únicamente exclusión de la posibilidad de revocación unilateral del acuerdo, pero no implica compromiso u obligación alguna respecto de la efectiva ejecución de la disposición<sup>65</sup>. Es más, tampoco queda limitado el derecho de disposición de los sujetos vinculados. Se puede disponer material y jurídicamente en favor de un tercero sin que el perjudicado pueda invocar la eficacia vinculante del contrato real<sup>66</sup>.

Así pues, el contrato real abstracto dirigido a la constitución de la carga real debe revestir alguna de las «formas» previstas en el párrafo 873 (documentación notarial del acuerdo, expresión de la declaración de las partes ante la oficina registral o entrega material de tales declaraciones en dicha oficina y entrega por parte del titular, a la otra parte, de una autorización o consentimiento de inscripción conforme a las disposiciones de la Ordenanza registral) para que sea vinculante. En caso contrario es eficaz<sup>67</sup> pero puede ser revocado unilateralmente en tanto no se practique la inscripción registral.

### III. LA ENFITEUSIS COMO UNA MODALIDAD DE CENSO: CONSIDERACIONES PREVIAS AL ESTUDIO DE LA FORMA DEL CONTRATO DE ENFITEUSIS.

Hasta aquí ha podido observarse que la enfiteusis a lo largo de la historia y en los distintos ordenamientos se ha configurado de variados modos, de ahí que la natura-

---

presenta algunas especialidades, siendo la más llamativa el hecho de constituir una excepción a la regla de la vinculación por la mera manifestación de voluntad (párrafo 145 B.G.B.).

Aunque la mayoría de la doctrina estima que la «Einigung» no es vinculante si no reviste alguna de las formas previstas en el párrafo 873 (por todos Vid. BAUR-STURNER, ob. cit., p. 41), para algunos autores como WESTERMANN, *Sachenrecht*, Band I, *Grundlagen und Recht des beweglichen Sachen*, 6.ª ed. por H. P. WESTERMANN, GURSKY y PINGER, Heidelberg, 1990, pp. 258, 259, la «Einigung» es como regla vinculante –lo es por tanto sin necesidad de forma alguna cuando tiene como objeto bienes muebles– limitándose su falta de vinculabilidad al supuesto comprendido en el párrafo 873, relativo a la constitución y transmisión de derechos reales sobre inmuebles.

<sup>64</sup> La «Einigung» en cuanto contrato real carece de contenido obligatorio («Verpflichtende Gehalt») –en el sentido de aptitud para generar derechos de créditos y obligaciones correlativas– que sólo se predica de los negocios obligacionales. Así pues, la «Einigung» vincula –si se ajusta a lo establecido en el párrafo 873– pero no obliga.

<sup>65</sup> WACKE, ob. cit., p. 105; ENNECCERUS-WOLFF, ob. cit., p. 232; BAUR-STURNER, ob. cit., pp. 41 y 42.

<sup>66</sup> Puede invocar solamente la relación causal pues el disponente queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios cuando con su disposición ha infringido la relación obligatoria subyacente. WOLFF, ob. cit., p. 232; BAUR-STURNER, ob. cit., pp. 41 y 42.

<sup>67</sup> La eficacia del acuerdo real significa, según PAU PEDRÓN, ob. cit., p. 980, que si, aun no siendo vinculante el acuerdo, no se produce la revocación y se lleva a cabo la inscripción, se alcanza una plena modificación jurídica, es decir, el acuerdo real «informal» puede servir de base para la transmisión de derechos reales.

leza jurídica de la enfiteusis haya sido un tema tradicionalmente objeto de discusión<sup>68</sup>. Probablemente lo que ha planteado mayores dificultades a la hora de explicar la naturaleza jurídica de esta institución –hasta el punto de que algún autor considere esta cuestión como insoluble<sup>69</sup>– es la coexistencia de relaciones de carácter real y de carácter obligatorio dentro de la misma relación jurídica. Si bien no es extraño que existan situaciones en las que, dándose como figura central un derecho real, el titular del mismo tenga ciertas obligaciones –o ciertos derechos de crédito hacia otra persona<sup>70</sup>–, en la enfiteusis este contenido obligatorio reviste especial importancia, porque no se trata ya de obligaciones que se conectan al derecho real para facilitar su contenido y hacer posible el «frui» o el «uti» de su titular<sup>71</sup>, sino que se trata de obligaciones que se

<sup>68</sup> En torno a la naturaleza jurídica de la enfiteusis se han propugnado fundamentalmente tres teorías:

– La teoría que estima que el concedente de la enfiteusis es el propietario y el enfiteuta ostenta un derecho real de disfrute –de carácter amplísimo– sobre cosa ajena. Esta teoría es la que corresponde a la estructura de la enfiteusis en el Derecho romano. Es la aceptada actualmente sin reservas en el Derecho francés (aun cuando se considere la enfiteusis una modalidad de arrendamiento) y parece ser la que adopta el Código civil italiano de 1942 a juicio de la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia.

– La teoría del dominio dividido, de origen medieval. El concedente de la enfiteusis es titular del dominio directo y el enfiteuta del dominio útil. Esta teoría se considera desfasada en el Derecho francés e italiano. Sin embargo, es la tesis que parece adoptar el Código civil español.

– La teoría más moderna, sustentada por algunos autores italianos y españoles, que estima que el enfiteuta es el verdadero propietario ostentando el concedente un derecho real sobre cosa ajena. Esta teoría es la adoptada por la ley catalana de censos, de 16 de marzo de 1990, en cuyo preámbulo se establece que en virtud del contrato de censo (sea enfiteútico o vitalicio) «el censuario se convierte en titular del derecho de propiedad sobre una finca que queda sujeta al pago de una pensión periódica».

Por todos vid. CASTÁN, *Los derechos reales restringidos*, cit., p. 277; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 5.ª ed., Madrid, 1992, p. 479; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*, t. III, vol. 1.º, *Teoría general de los derechos reales*, Madrid, 1972, pp. 542 y ss.

<sup>69</sup> TRIFONE, ob. cit., p. 25, nota 2.

<sup>70</sup> Es lo que ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, *Derecho de bienes*, vol. 1.º, *Parte general y derecho de propiedad*, 7.ª ed., Barcelona, 1991, p. 20, llama «contenido obligacional conexo al derecho real» que se suele dar cuando, recayendo sobre una misma cosa los derechos reales de dos personas, tienen éstas una serie de puntos de contacto que hay que disciplinar estableciendo obligaciones a cargo de una y otra. Añade este autor que, en otros casos, el titular del derecho real está obligado a mantener la cosa en cierto estado, esta situación da lugar a lo que denomina «contenido obligacional secundario del derecho real».

Normalmente este tipo de obligaciones conectadas al derecho real y que tienen como finalidad permitir la efectividad del derecho real mismo suelen englobarse en la categoría de las obligaciones «propter rem», también denominadas obligaciones reales o ambulatorias. Aunque tal categoría carece de contornos bien delimitados, en general se las define como aquellas obligaciones cuyo sujeto pasivo viene determinado a través de la titularidad de un derecho real y que se transmiten o extinguen con éste pudiendo el deudor liberarse de la obligación mediante la renuncia o el abandono del derecho real. (F. HERNÁNDEZ GIL, «Concepto y naturaleza de las obligaciones *propter rem*», en *RDP*, 1962, pp. 858 y ss.; DE LOS MOZOS, «La obligación real, aproximación a su concepto», en *Libro Homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976, pp. 349 y ss.).

<sup>71</sup> Como ocurre en las obligaciones de hacer o de no hacer que tienen entre sí el usufructuario y el propietario de una cosa, o las obligaciones que tienen los copropietarios en relación a la utilización o contribución en los gastos de la cosa común, etc. (Vid. DE LOS MOZOS, ob. cit., pp. 359 y ss.).

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

elevan a la condición de elemento esencial<sup>72</sup>, indispensable para la propia existencia de la enfiteusis<sup>73</sup>.

Este contenido obligatorio que preside la relación jurídica enfiteutica permite explicar la inclusión, en nuestro Código civil, de la enfiteusis entre los demás censos. En algún momento histórico se dotó de mayor relieve al derecho del denominado «dueño directo» al canon, que al derecho del enfiteuta sobre el fundo, por ello se equiparó la enfiteusis a los censos configurándola, en cierto modo, como una modalidad de renta periódica y alterando con ello su función económica clásica.

La asimilación de la enfiteusis a los censos plantea sin embargo algunas dificultades. No puede olvidarse que en los censos reservativos y consignativos el censatario es propietario de la finca gravada y el derecho del censalista se considera un derecho real sobre cosa ajena<sup>74</sup> encuadrándose el censo en general en la figura de la carga real<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Fundamentalmente la correspondiente al pago del canon (art. 1.604 C.c.). No obstante, en algunos ordenamientos como el italiano la obligación de mejorar el fundo también reviste carácter esencial (art. 960 C.c. 1942).

<sup>73</sup> En este sentido dice LALAGUNA, *La enfiteusis en el Derecho civil de Baleares*, cit., pp. 81, 82: «En toda situación en que el derecho de propiedad pierde su plenitud para coexistir con un “ius in re aliena”, la unidad natural del objeto determina el nacimiento de relaciones obligatorias entre los respectivos titulares. En la enfiteusis, la limitación de los derechos en el plano real por la presencia de relaciones obligatorias entre sus titulares es más fuerte y profunda que en otras situaciones, porque la conexión no es mera consecuencia derivada de la unidad del objeto sino un elemento determinante de la constitución del censo, y en cierto modo, la condición esencial de su duración indefinida».

<sup>74</sup> Sobre el carácter real del derecho del censalista, vid. por todos, DíEZ-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., p. 92.

<sup>75</sup> La categoría de la carga real se confunde en ocasiones con la de la obligación «propter rem». DíEZ-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., p. 89, observa en este sentido que para parte de la doctrina no existe diferencia entre una y otra figura no siendo más que formas lingüísticas de expresar una misma realidad. Muestra de esta equiparación es, en nuestro Derecho, la opinión de LACRUZ, *Derechos reales*, 1.ª parte, cit., p. 18, que considera las cargas reales una especialidad de las obligaciones «propter rem».

Pese a ello es posible establecer algunas diferencias entre las cargas reales y las obligaciones «propter rem»: mientras aquéllas se consideran derechos reales, las obligaciones «propter rem» son meras obligaciones. El carácter «real» de las obligaciones ambulatorias no alude a su naturaleza real sino solamente al modo de determinación del sujeto pasivo (HERNÁNDEZ GIL, ob. cit., p. 853; DE LOS MOZOS, ob. cit., p. 349; BIGLIAZZI GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* dirigido por Cicu y Messineo, vol. XI, t. 3, Milano, 1984, p. 5).

En las cargas reales, se dice, el sujeto pasivo es el fundo, no resultando gravado el inmueble en las obligaciones «propter rem» (TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, trad. de la 15.ª ed. italiana por Martínez Calcerrada, Madrid, 1967, p. 24). De ahí que, mientras el titular de la carga real tiene, junto con una acción personal frente al poseedor del bien, una acción real que le permite hacer efectivas sobre la finca las prestaciones que le sean debidas, el acreedor, en las obligaciones «propter rem» ostenta solamente una acción personal frente al sujeto pasivo de la obligación. En las obligaciones «propter rem» la responsabilidad del deudor es meramente personal y se extiende a todo su patrimonio si bien sólo responde de las prestaciones devengadas mientras ha estado en posesión de la finca. En las cargas reales, en cambio, el propietario del fundo gravado responde con el fundo —hasta el límite de su valor— no sólo de las prestaciones devengadas durante el tiempo en que posee la finca (respecto de las cuales responde también personalmente) sino también de las prestaciones devengadas con anterioridad a su relación con la cosa (TRABUCCHI, *Ins-*

Tal conceptualización, en principio, no parece posible aplicarla a la enfiteusis salvo que se admita que el enfiteuta es el propietario pues, obviamente, no cabe la existencia de un derecho real sobre cosa propia<sup>76</sup>.

Para explicar la naturaleza del derecho al canon que ostenta el concedente de la enfiteusis<sup>77</sup>, se utiliza en el derecho italiano la figura de la obligación «propter rem»<sup>78</sup>, ya que, en la medida que la opinión más generalizada le asigna naturaleza meramente personal, frente a la naturaleza de derecho real de las cargas reales<sup>79</sup>, es posible sostener, sin dar lugar a contradicción alguna, que el concedente de la enfiteusis sigue siendo propietario<sup>80</sup>.

---

*tituciones de Derecho civil*, II, cit., pp. 25, 245; asimismo, en *Instituciones*, t. I, cit., p. 500; BIGLIAZZI GERI, ob. cit., pp. 3 y ss.).

Es de notar, además, que las obligaciones «propter rem» despliegan una función específica en relación al contenido del derecho real, constituyen un medio instrumental para la mejor efectividad del derecho al que están conexas (DE LOS MOZOS, ob. cit., pp. 354, 360; DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., p. 91). En cambio, la función económica de las cargas reales es exclusivamente el establecimiento de ese deber –y derecho correlativo– conectado a la titularidad del bien (DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., pp. 91 y 92; ALBALADEJO, *Derecho de bienes, Parte general*, cit., p. 22).

<sup>76</sup> En el Derecho italiano, donde la doctrina mayoritaria opina que el enfiteuta es titular de un derecho real sobre cosa ajena, algunos estiman que la obligación de pago del canon constituye una carga real (vid. FAVARA, ob. cit., p. 548, texto y nota 7). IANNELLI, ob. cit., pp. 56 y 57, pone de manifiesto la incongruencia que supone calificar la obligación relativa al pago del canon como carga real en tanto no se admita que el enfiteuta es el propietario.

<sup>77</sup> Por lo general –y especialmente en el Derecho italiano– se utiliza el término «concedente de la enfiteusis» para aludir al sujeto que ostenta el derecho al canon y que antes de que se constituyera la enfiteusis era el dueño pleno. No obstante hay que hacer notar que, al menos en el Derecho español, parece posible que la enfiteusis se constituya a la inversa («revessejat» en el Derecho catalán), reservándose el antiguo propietario pleno el dominio útil, y ostentando por tanto la cualidad de enfiteuta, y cediendo a un tercero los derechos correspondientes al dominio directo, o incluso, que el propietario pleno ceda a un sujeto el dominio útil y a otro el dominio directo. (cfr. ALBALADEJO, *Derecho civil III, Derecho de bienes*, vol. 2.º, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, 7.ª ed., Barcelona, 1991, p. 181).

<sup>78</sup> Así, CARIOTA-FERRARA, ob. cit., p. 18; IANNELLI, ob. cit., pp. 56 y 57.

<sup>79</sup> Sobre ello, vid. nota 75.

<sup>80</sup> Entre los autores españoles, PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS, *Instituciones de Derecho civil de Cataluña*, t. II, 1.ª parte, *Introducción y parte general*, Barcelona, 1987, p. 236, afirman que la obligación del enfiteuta es “de las llamadas propter rem”. Sin embargo, tal opinión no se debe a que sostengan que el censalista o titular del dominio directo es el propietario de la finca ya que estiman que es el enfiteuta el verdadero propietario –concepción ésta que como se indicó es la adoptada en la nueva ley catalana de censos–.

Por su parte, ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 170, también califica la obligación de pago del canon como «propter rem». No obstante, es partidario de la tesis del dominio dividido.

En cualquier caso, si partimos de la diferenciación, anteriormente expuesta (nota 75), entre obligaciones «propter rem» y cargas reales, parece que la calificación más adecuada en relación con la obligación del enfiteuta y correlativo derecho del titular del dominio directo al pago del canon, es la de carga real ya que el artículo 1.623 C.c. otorga a todo censalista –también al titular del dominio directo– además de una acción personal, una acción real para hacer efectivas sobre la finca las pensiones devengadas y no cumplidas –incluidas las debidas por anteriores censatarios– (PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, vol. 3.º, 3.ª ed. actualizada, Barcelona, 1983, p. 515; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. 2.º, *Derechos reales limitados, situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Barcelona, 1991, pp. 245 y 246),



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

En el Derecho español, aunque no faltan autores que estiman que la constitución de la enfiteusis equivale a una enajenación de la propiedad y que el censalista o dueño directo deviene titular de un derecho real limitado<sup>81</sup>, gran parte de la doctrina acepta la teoría del dominio dividido<sup>82</sup>. Esta teoría es la adoptada por el Código aunque no la desenvuelva con todo rigor<sup>83</sup>. Con base en ella hay quien defiende que la enfiteusis es una institución radicalmente distinta de los censos, mientras que los primeros son cargas reales, se dice, la enfiteusis es un supuesto de dominio dividido<sup>84</sup>.

A nuestro modo de ver, la teoría de la descomposición del dominio, tal y como la recoge el Código, permite, en cierto modo, conciliar su peculiar naturaleza con su consideración como censo y, por ende, como carga real. Si el derecho de censo constituye un gravamen que otorga a su titular la posibilidad de exigir una prestación del propietario del fundo gravado, cabe pensar que en la enfiteusis el gravamen recae, no sobre la finca en sí misma considerada, que pertenece al titular de la carga real<sup>85</sup>, sino

---

lo que implica que en la enfiteusis no existe una mera responsabilidad personal del sujeto pasivo de la obligación de pago del canon, éste responde con el fundo y respecto de pensiones devengadas con anterioridad a su condición de enfiteuta.

<sup>81</sup> MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XI, 6.ª ed. rev. por Bloch, Madrid, 1972, pp. 136 y 137; BONILLA MARÍN, *La propiedad dividida*, Granada, 1920, pp. 62 y ss.; ROBLEDO, «Enfiteusis y censo reservativo en el Código civil», *R.G.D.*, 1950, pp. 206 y ss. También parece adherirse a esta concepción GARCÍA DE HARO GOYTISOLO, «Los censos en el Derecho español y el Código civil italiano», *Revista del Instituto de Derecho comparado*, n.º 5, 1955, p. 106.

Como se ha dicho, esta es la concepción que adopta la Ley catalana de censos de 16 de marzo de 1990.

<sup>82</sup> SCAEVOLA-RODRIGUEZ ARIAS, ob. cit., p. 289; ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., pp. 171 y ss.; O'CALLAGHAM, «Comentario a los artículos 1.604-1.664 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. XX, vol. 3.º, Madrid, 1982, pp. 25 y ss., y en *Comentario del Código civil* t. II, cit., p. 1.228.

También parecen aceptar la teoría del dominio dividido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema III*, cit., p. 480, y LACRUZ, *Derechos reales limitados*, cit., pp. 266 y ss.

ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. III, 7.ª ed., Barcelona, 1979, pp. 981 y ss. afirman que la cuestión de la naturaleza jurídica de la enfiteusis está definitivamente resuelta a favor de la tesis del dominio dividido. Añaden que la legislación hipotecaria armoniza con este criterio permitiendo la inmatriculación tanto del dominio útil como del directo. En el mismo sentido, PUIG PEÑA, *Tratado*, cit., p. 544 y, voz «Enfiteusis» en *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, t. VIII, Barcelona 1956, p. 559.

<sup>83</sup> En efecto, de algunos preceptos del Código (art. 1.617, 1.633 y 1.635) parece deducirse que el enfiteuta es el propietario. También los artículos 1.626, 1.627 y 1.631, se interpretan como demostrativos de tal situación. Sin embargo los argumentos que en general se aducen para sustentar que la constitución de la enfiteusis equivale a la enajenación de la propiedad no parecen decisivos. Vid. ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., pp. 173 y ss.; O'CALLAGHAM, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 25 y ss.

<sup>84</sup> O'CALLAGHAM, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 20 y 27, y *Comentario del Código civil*, cit., pp. 1.127, 1.128. Por el contrario LACRUZ, *Derechos reales limitados*, cit., p. 236, estima que, pese a su diferente origen, todos los censos pueden considerarse como un instituto unitario.

<sup>85</sup> Si bien no se trata de una propiedad plena, sino una específica modalidad de propiedad limitada a la que acompaña el derecho al canon y otra serie de derechos como el de comiso, tanteo y retracto... que ostenta el titular de la misma y que constituyen el contenido del denominado *dominio directo*.

sobre el dominio útil correspondiente al enfiteuta, y por tanto, sobre un derecho ajeno y no propio<sup>86</sup>.

Todo esto habrá de tenerse en cuenta a la hora de examinar la forma del contrato constitutivo de la enfiteusis, pues, si bien el Código la incluye entre los censos, y, desde nuestro punto de vista, es posible conceptuarla como tal, es indudable que el contenido de la enfiteusis no se agota en la instauración de un derecho de carácter censal<sup>87</sup>, sino que supone la existencia de una relación jurídica de carácter complejo en la que coexisten dos derechos, de carácter real, correspondientes a distintos sujetos: el dominio directo y el dominio útil. Muestra del carácter real que ostentan ambos derechos es la posibilidad de que la enfiteusis pueda constituirse tanto por usucapión del dominio directo como del dominio útil<sup>88</sup>.

Aunque el Código regule la enfiteusis y los demás censos entre los contratos, lo cierto es que el contrato es sólo uno de los modos de constitución de la enfiteusis y del censo en general pues se admite su constitución por usucapión o mediante negocio «mortis causa»<sup>89</sup>. Ahora bien, cuando la enfiteusis se constituye contractualmente

<sup>86</sup> Una situación que guarda cierta semejanza con la expuesta describe ENNECCERUS-WOLFF, *Derecho de cosas*, vol. II, cit. p. 162, en relación a la configuración de las cargas reales en el Derecho continental de la Edad Media. Cuando el inmueble correspondía en propiedad al señor feudal o a la ciudad, dice WOLFF, y al vasallo o ciudadano le era sólo investido en feudo, entonces la carga real no gravaba propiamente el inmueble sino el derecho del vasallo, siendo la prestación debida al mismo propietario inmobiliario.

Asimismo, cuando el otorgante de la investidura apareció como propietario superior o directo y el investido como propietario inferior, la carga real se configuró como gravamen de la propiedad inferior.

CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, ed. rev. por Cossío y Corral y Gullón, Madrid, 1959, p. 498, en la definición que da de la enfiteusis, concilia la teoría del dominio dividido con la concepción de la enfiteusis como censo. Así, la define como un «derecho real constituido sobre inmuebles fructíferos en favor del señor del dominio directo, para exigir un canon anual del que tiene el dominio útil, con cargo a los frutos del mismo».

<sup>87</sup> Como ponen de relieve DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 480, el concedente de la enfiteusis tiene derechos que son exorbitantes desde el puro punto de vista censal.

<sup>88</sup> O'CALLAGHAM, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 119; ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 179.

<sup>89</sup> Por lo que respecta a su constitución contractual no está claro si cabe establecer la enfiteusis mediante donación. La doctrina francesa (JOSSELAND, ob. cit., n.º 1.949, p. 1.006; MAZEAUD, ob. cit., p. 320; WEILL, ob. cit., p. 579) y la italiana (CARIOTA-FERRARA, ob. cit., p. 15; CASCIO, ob. cit., p. 925; IANNELLI, ob. cit., p. 64; ZACCAGNINI y PALATIELLO, ob. cit., pp. 10 y 11) estima que el contrato de enfiteusis es siempre de carácter oneroso. Los autores italianos (ibidem) afirman que, si bien el lado «obligatorio» de la relación enfiteútica tiene siempre el mismo valor independientemente de cómo se constituya, cuando se establece mediante contrato la peculiar estructura del derecho de enfiteusis penetra en la causa de aquél y las obligaciones del enfiteuta se elevan a causa del contrato operando como contraprestación.

En nuestro Derecho LACRUZ, *Derechos reales limitados*, cit., p. 238, estima que el contrato de enfiteusis tiene carácter oneroso. No obstante señala que si el canon es anormalmente bajo puede tratarse de un «negotium mixtum cum donatione».

Admiten la constitución de enfiteusis mediante donación: VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, *Derechos reales*, 4.ª ed., Valladolid, 1936, p. 497; CASTÁN, *Los derechos reales restringi-*

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

debe distinguirse el contrato –en cuanto acuerdo de voluntades dirigido a la constitución de la relación jurídica enfiteútica y que genera, por tanto, la obligación de constituirla– de la relación jurídica real establecida como consecuencia de la consumación del contrato<sup>90</sup>.

### IV. LA FORMA DEL CONTRATO CONSTITUTIVO DEL CENSO ENFITEÚTICO: ESTADO DE LA CUESTIÓN

El artículo 1.628 del C.c., al disponer que el censo enfiteútico «sólo puede establecerse sobre bienes inmuebles y en escritura pública» da lugar a dudas acerca de su interpretación. Básicamente se plantean dos cuestiones: si la necesidad de escritura pública se extiende a los supuestos de constitución testamentaria de la enfiteusis –puesto que el citado artículo se refiere al establecimiento de la enfiteusis en general sin limitarse a la constitución por acto «inter vivos»– y, fundamentalmente, si cuando la enfiteusis se constituye mediante contrato la forma pública debe considerarse elemento esencial de éste<sup>91</sup>.

---

*dos*, cit., p. 546; ALBIEZ DOHRMAN, en *Código civil, Doctrina y Jurisprudencia*, dirigido por Albacar López, t. VI, Madrid, 1991, p. 40. También MANRESA, ob. cit., p. 133, aunque indica que es una forma «impropia» para la constitución del censo enfiteútico.

En relación a este tema pensamos que ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que cuando se entiende que la obligación del enfiteuta de pago del canon opera como contraprestación de la concesión del derecho de enfiteusis se piensa siempre en el supuesto en que el antiguo dueño pleno enajena el dominio útil. Sin embargo ya se ha dicho (nota 77) que cabe la constitución de la enfiteusis mediante cesión por parte del dueño pleno de los derechos correspondientes al dominio directo e incluso mediante cesión a un sujeto del dominio útil y a otro del dominio directo. En tal caso es evidente que cabe la constitución gratuita de la enfiteusis. En segundo lugar, y ateniéndonos al supuesto típico en que el anterior dueño pleno concede a otro sujeto el dominio útil conservando él el directo, puede pensarse que el canon asume la función de corresponsivo si opera como equivalente económico de la concesión de tal derecho al enfiteuta. Pero si su cuantía es de tal entidad que resulta prácticamente carente de contenido económico estableciéndose de manera simbólica, el contrato ha de considerarse gratuito –en cuyo caso, y en la medida que los actos de constitución de derechos reales realizados a título gratuito encajan en el concepto de donación recogido en el artículo 618 C.c., deberá ajustarse a la forma exigida en el artículo 633– o, a lo sumo, «negotium mixtum cum donatione».

En cualquier caso, no hay problema alguno en admitir la donación del dominio directo o del dominio útil una vez constituida la relación jurídica enfiteútica.

<sup>90</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 711. Los primeros comentaristas del Código criticaban la sistemática de éste al incluir los censos entre los contratos insistiendo en la necesidad de distinguir el contrato de censo, en cuanto vínculo obligatorio, del derecho real resultante. Así NAVARRO AMENDI, *Cuestionario del Código civil reformado*, t. 4.º, Madrid, 1891, p. 298; JAÉN, *Derecho civil*, Madrid, 1928, p. 264.

<sup>91</sup> El texto refundido de la Compilación de Baleares de 6 de septiembre de 1990 contiene el régimen de censos en los artículos 55 a 63. El artículo 55 dispone que «serán de aplicación al alodio las normas del censo enfiteútico, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza». Dado que no se

Respecto a la segunda cuestión la opinión más extendida, a pesar de que el artículo 1.628 no sanciona con la nulidad del negocio constitutivo la inobservancia de tal requisito formal, es la que estima que la escritura pública requerida en dicho artículo es forma «ad solemnitatem» o condición de validez del contrato de enfiteusis<sup>92</sup>.

Para fundamentar esta opinión se aduce que si la forma exigida en el artículo 1.628 C.c. fuese una consecuencia de la regla general del artículo 1.280,1 –pudiendo las partes compelerse a llenar dicha forma ex artículo 1.279– aquel precepto sería innecesario. Por ello, se dice, hay que pensar que la escritura pública prescrita en el artículo 1.628 es un requisito exigido «ad solemnitatem», cuya falta comporta la nulidad del contrato<sup>93</sup>. Suele añadirse además que el carácter solemne del contrato constitutivo de la enfiteusis se justifica, por un lado, por la larga duración de esta relación jurídica siendo conveniente que el título conste documentalmente para evitar «confusiones, dudas y litigios»<sup>94</sup>, por otro, por la complejidad de la relación jurídica enfiteútica<sup>95</sup>.

---

establece ninguna particularidad en cuanto a la constitución del alodio hay que entender que rige el artículo 1.628 Código civil.

Por lo que respecta al Derecho catalán, el artículo 4 de la Ley 6/1990 de los censos dispone que «la constitución negocial de un censo deberá realizarse necesariamente en escritura pública, en que se expresará la pensión y se hará constar la valoración de la finca a los efectos de redención».

En la compilación catalana establecía el artículo 298 que el contrato de enfiteusis (denominado usualmente «etabliment») debía «constar necesariamente en escritura pública». La doctrina estimaba que la mención del artículo 298 al carácter «necesario» de la escritura pública había de interpretarse en el sentido de que dicha forma tenía carácter «ad solemnitatem» determinando su inobservancia la plena nulidad del contrato. Así lo entendió el Tribunal Supremo en la Sentencia en la S. 21 de abril de 1964. (PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS, ob. cit., p. 232; en el mismo sentido, SANTOS BRIZ, *Derecho civil, Teoría y práctica*, t. II, *Derecho de cosas*, Madrid, 1973, p. 597). Con anterioridad a la Compilación de 1960 se exigía igualmente que el contrato de enfiteusis se realizara en escritura pública, no obstante, BORRELL y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. II, *Derechos reales*, 2.ª ed., Barcelona, 1944, pp. 255 y 256, texto y nota 9, parece que estimaba que dicha forma era solamente requisito de la eficacia real del contrato pues observaba que «la enfiteusis otorgada de palabra sólo atribuye un derecho personal».

<sup>92</sup> SCAEVOLA-RODRIGUEZ ARIAS, ob. cit., p. 536; ROCA SASTRE, «La forma del negocio jurídico» en *Estudios de Derecho privado*, t. I, vol. 1.º, Madrid, 1948, p. 101; CASTÁN, *Los derechos reales restringidos*, cit., p. 280; PUIG PEÑA, *Teoría general de los derechos reales*, cit., p. 547 y voz «Enfiteusis», cit., p. 560; ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 180; LACRUZ, *Derechos reales limitados*, cit., p. 237; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 481; O'CALLAGHAM, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 121 y en *Comentario del Código civil*, cit., pp. 1.256 y 1.257; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III, 3.º, cit., p. 534; COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, *Derechos reales y Derecho hipotecario, Derecho de familia y Derecho de sucesiones* rev. y puesto al día por Cossío y Martínez y León Alonso, Madrid, 1988, p. 285. ALBIEZ DOHRMANN, ob. cit., p. 40.

<sup>93</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 481.

<sup>94</sup> MANRESA, ob. cit., p. 133; CASTÁN, *Los derechos reales restringidos*, cit., p. 280; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit., p. 481; O'CALLAGHAM, en *Comentario del Código civil*, cit., p. 1.257.

<sup>95</sup> Afirma MANRESA, ob. cit., p. 133, que un «derecho que ha de subsistir por tiempo indefinido, no debe quedar sujeto y abandonado a simples convenciones verbales o informales documentos privados». CASTÁN, *Los derechos reales restringidos*, cit., p. 280.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Frente a esta postura existe otra, sostenida por menor número de autores, que interpreta que la escritura pública exigida en el artículo 1.628, cuando la enfiteusis se constituye mediante contrato, es necesaria «en cuanto a su trascendencia real»<sup>96</sup>. El contrato de enfiteusis, en cuanto vínculo obligatorio, es válido cualquiera que sea la forma en que se realice, pero el otorgamiento de escritura pública es preciso para que dicho contrato provoque el nacimiento de la enfiteusis en cuanto relación jurídica de carácter real<sup>97</sup>. En consecuencia, no habiéndose formalizado el contrato en escritura pública las partes pueden hacer uso de la facultad prevista en el artículo 1.279 y compelerse a llenar la forma con el objeto de que nazca la relación jurídico-real de enfiteusis<sup>98 99</sup>.

En relación a la primera duda que presenta la interpretación del artículo 1.628 del Código civil, es decir, si la necesidad de escritura pública se circunscribe o no a la constitución de la enfiteusis mediante contrato, la doctrina también se encuentra divi-

---

<sup>96</sup> DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 285.

<sup>97</sup> GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 631-634. Dice esta autora que «la forma requerida para la enfiteusis, es condición de eficacia del efecto real [...] para que pueda producirse el efecto real de creación de un censo enfiteútico es necesaria la escritura pública, sin ésta el contrato de censo es perfectamente válido y obligatorio entre las partes —efectos obligacionales— pero no se produce el efecto real».

<sup>98</sup> LUNA SERRANO, en *Elementos de Derecho civil II*, vol. 2.º, *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987, p. 129, nota 6, dice, en este sentido: «Podría pensarse que la constitución contractual de enfiteusis no formalizada mediante escritura pública produce solamente efectos obligacionales y da a los interesados la oportunidad de compelerse a la documentación del contrato mediante escritura pública, al objeto de constituir el derecho real».

En la misma línea, LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario a los artículos 1.278-1.280 C.c.», en *Comentario del Código civil*, (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 506; REGLERO, «Comentario a los artículos 1.279-1.280 C.c.» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t. XVII, vol. 1.º, B, Madrid, 1993, pp. 715 y 716.

Anteriormente la interpretación indicada la habían mantenido VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, cit., p. 496 y COVIÁN, ob. cit., p. 666.

<sup>99</sup> Algunos autores hablan, genéricamente, de que la escritura pública es un requisito necesario para la constitución del censo enfiteútico —no se refieren expresamente a si es o no presupuesto de validez del contrato— lo que puede hacer pensar que se adscriben a la tesis que considera la escritura pública necesaria para el nacimiento del derecho real pero no para la validez del negocio constitutivo. Así, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 315, dice: «El C.c. exige escritura pública, como forma esencial o constitutiva expresamente en la constitución del censo enfiteútico», y en p. 325, dentro del régimen jurídico del censo enfiteútico incluye como peculiaridad que en su constitución «se requiere la escritura pública con carácter constitutivo».

MANRESA, ob. cit., p. 135, dice que «el censo enfiteútico no constituido precisamente por escritura pública... no es sólo anulable, es nulo desde luego, no existe, no queda establecido» y añade que la escritura pública es indispensable «para la existencia del censo». No obstante, tales afirmaciones —de las que podría deducirse que considera la documentación en escritura pública requisito necesario sólo para el nacimiento del derecho real— quedan oscurecidas cuando luego observa que «la escritura pública es uno de los requisitos que en el censo enfiteútico son indispensables para la validez del acto o contrato» (el subrayado es nuestro).

dida. Hay que señalar, no obstante, que los autores que se pronuncian sobre esta cuestión forman parte del grupo que reputa la escritura pública forma solemne del contrato de enfiteusis. Mientras que para un sector la prescripción formal del artículo 1.628 no se extiende a la constitución testamentaria de la enfiteusis<sup>100</sup>, para otro la escritura pública es indispensable tanto si el censo enfiteútico se constituye mediante negocio «inter vivos» como mediante negocio «mortis causa», si bien se matiza que debe adoptarse una interpretación flexible y estimar que la protocolización del testamento sirve para cubrir este requisito formal<sup>101</sup>.

En cuanto a la posición de la jurisprudencia en torno a la forma del contrato de enfiteusis, la mayoría de las sentencias que abordan este tema tienen como objeto resolver problemas probatorios acerca de la existencia de la enfiteusis<sup>102</sup>. El Tribunal Supremo distingue entre la constitución del censo enfiteútico y su prueba afirmando que mientras que para la constitución de la enfiteusis es indispensable el otorgamiento de la escritura pública, puede probarse la existencia de la relación enfiteútica mediante otros medios supletorios, fundamentalmente el reconocimiento del enfiteuta y la posesión inmemorial. Esta doctrina jurisprudencial es anterior al Código civil<sup>103</sup> y nació —según dicen algunos autores<sup>104</sup>— como consecuencia de la destrucción de los archivos públicos y privados que siguió a las guerras civiles de los siglos XVIII y XIX y la consiguiente imposibilidad de presentar pruebas documentales de la constitución de la enfiteusis. No obstante, con posterioridad a la entrada en vigor

<sup>100</sup> Para MANRESA, ob. cit., p. 133, el requisito de la escritura pública se refiere a la constitución del censo enfiteútico en virtud de contrato sin que con ello pretenda la ley negar que pueda constituirse el censo en otra forma. Asimismo, CASTÁN, *Los derechos reales restringidos*, cit., p. 280 y ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 180 estiman que si la enfiteusis se constituye testamentariamente no es indispensable que se otorgue en escritura pública.

<sup>101</sup> O'CALLAGHAM, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 122, y en *Comentario del Código civil*, cit., p. 1.257. ALBIEZ DOHRMAN, ob. cit., p. 40, parece también considerar extensible la necesidad de escritura pública a la constitución de la enfiteusis mediante negocio «mortis causa».

<sup>102</sup> Sólo alguna Sentencia como la de 7 de enero de 1966 se refiere específicamente al carácter solemne del contrato de enfiteusis. Hay que tener en cuenta, no obstante, que esta manifestación se realiza de manera incidental ya que el objeto del proceso era una acción de petición de herencia junto con la que se solicitaba la nulidad de las enajenaciones de bienes relictos que pudieran haber hecho los demandados —en concreto una donación remuneratoria— afirmando el Tribunal Supremo, en relación a la aplicación del principio espiritualista en materia de contratación, que éste «constituye una regla de índole tan genérica, que su aplicabilidad no puede surtir efectos con relación a aquellos negocios jurídicos para cuyo nacimiento y validez el legislador haya impuesto determinadas solemnidades *ad substantiam* y no *ad probationem*, como ocurre con los artículos 668 y 1.321 con la salvedad del 1.324, 1.628 y 1.875 del C.c. y con las donaciones de bienes inmuebles según el artículo 633 del mismo Cuerpo legal».

<sup>103</sup> Cfr. Sentencias de 10 de octubre de 1860; 9 de abril de 1864; 26 de febrero de 1867; 27 de junio de 1887 y 30 de enero de 1888.

<sup>104</sup> COVIAN, ob. cit., p. 665; PUIG PEÑA, ob. cit., p. 546.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

del Código civil, fue recogida por el Tribunal Supremo sin experimentar apenas variación<sup>105</sup>.

La posición del Tribunal Supremo evidencia, a juicio de algunos autores<sup>106</sup>, que la escritura pública requerida en el artículo 1.628 tiene valor de requisito «ad solemnitatem» del contrato de enfiteusis, pues, según alguna sentencia, la prueba supletoria comprende la circunstancia de que el censo enfiteútico se constituyó en escritura pública siendo solamente admisible si, existiendo el documento, se destruyó, desapareció o no puede presentarse<sup>107</sup>.

Por último hay que hacer notar que, aunque alguna sentencia del Tribunal Supremo parece interpretar que el artículo 1.628 es aplicable, no sólo a la hipótesis de constitución del censo enfiteútico, sino también a la de constitución de los censos consignativos y reservativos<sup>108</sup>, la mayoría de los autores estima en la actualidad que los contratos de censo consignativo y reservativo se rigen, en cuanto a su forma, por las reglas generales, siendo de aplicación el artículo 1.280,1 en conexión con el 1.279 C.c. Resulta por tanto que mientras se piensa, mayoritariamente por la doctrina, que el contrato de enfiteusis reviste carácter solemne, los demás contratos de censo se consideran válidos cualquiera que sea su forma de celebración<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> Cfr. Sentencias de 18 de febrero de 1896; 9 de noviembre de 1898; 7 de febrero de 1901; 15 de febrero de 1905; 12 de julio de 1905; 18 de octubre de 1913; 10 de enero de 1919; 4 de marzo de 1924; 8 de octubre de 1930 y 8 de octubre de 1991.

<sup>106</sup> SCAEVOLA-RODRIGUEZ ARIAS, ob. cit., p. 538; ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 180.

<sup>107</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1905 que sostiene que «la prueba supletoria de la existencia de un censo comprende la circunstancia de que se constituyó en la forma requerida por la ley», y la Sentencia de 4 de marzo de 1924 que afirma que «si tal escritura pública, a causa del extravío o de cualquiera otro motivo análogo no pudiera exhibirse, por otros elementos de prueba puede demostrarse la legal existencia real de los mismos».

<sup>108</sup> Así, las dos sentencias citadas en la nota anterior: la Sentencia de 4 de marzo de 1924 dice que «conforme a lo establecido en las leyes de Partida, en cuyo espíritu se inspiran los artículos 1.624 y 1.628 del C.c., los censos se constituyen consignándolos en escritura pública». También la Sentencia de 15 de febrero de 1905 se refiere en general a los censos afirmando que es «condición esencial para su validez y eficacia la de que se hayan establecido en escritura pública». La Sentencia de 18 de octubre de 1913 dijo que el otorgamiento de escritura pública era un requisito «igualmente obligatorio para los demás censos», pero debe tenerse en cuenta que juzgaba un caso de censo constituido con anterioridad al Código civil.

<sup>109</sup> CASTÁN, *Los derechos reales restringidos*, cit., p. 226; LACRUZ, *Derechos reales limitados*, cit., p. 237; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 474; ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 212; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III, 3.º, cit., p. 512; O'CALLAGHAM, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 22 y *Comentario del Código civil*, cit., p. 1.226.

## V. VALOR Y FUNDAMENTO DEL REQUISITO DE LA ESCRITURA PÚBLICA PREVISTO EN EL ARTÍCULO 1.628 CÓDIGO CIVIL.

Como hemos visto, el artículo 1.628 C.c. es objeto de dos distintas interpretaciones en cuanto al valor de la prescripción formal que contiene: una, que la escritura pública es forma «ad solemnitatem» del contrato de enfiteusis; otra, que es un requisito necesario para que el contrato —obligatorio cualquiera que sea su forma de celebración— tenga efectos reales, esto es, dé lugar al nacimiento de la relación jurídico-real de enfiteusis.

En la medida que dicho precepto no sanciona la falta de escritura pública con la nulidad del negocio constitutivo de la enfiteusis, la primera postura se sustenta fundamentalmente en el hecho de que, estimar que la escritura pública no tiene eficacia constitutiva, hace redundante el artículo 1.628 en relación al 1.280.1. A ello se añade que la necesidad de forma pública viene dada por la larga duración de la relación jurídica resultante<sup>110</sup>.

En nuestro Derecho no existe, sin embargo, precepto alguno, como ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán (donde, a pesar de regir el principio de libertad de forma, el parágrafo 125 B.G.B. dispone que cuando la ley prescribe una determinada forma su omisión provoca como regla la nulidad del contrato<sup>111</sup>) que autorice a considerar como constitutiva la forma requerida en un precepto aun cuando su falta no se sancione con la ineficacia del negocio en cuestión. La sanción de nulidad que prevé el artículo 6.3 de nuestro Código civil para la hipótesis en que se vulneren normas imperativas ha de ponerse en conexión con el artículo 1.278, que establece como regla general que los contratos generan efectos obligatorios con independencia de su forma de realización, y con el artículo 1.279 que establece el alcance de la exigencia de forma cuando no es requerida para la validez del contrato. Si la norma que impone una concreta prescripción formal no prevé ninguna sanción para su inobservancia, ésta sólo debe ser sancionada con la nulidad del negocio cuando ello sea consecuencia inexcusable del propio fundamento y finalidad de la exigencia de forma<sup>112</sup>.

Pues bien, en relación al artículo 1.628 hay que tener en cuenta, en primer lugar, que si bien es cierto que la larga duración de la enfiteusis puede plantear abundantes problemas probatorios acerca de la existencia del título<sup>113</sup>, este hecho puede justificar

<sup>110</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 481; MANRESA, ob. cit., p. 133.

<sup>111</sup> *Supra*, cap. I, apartado II, 3.

<sup>112</sup> Vid. capítulo III, nota 104.

<sup>113</sup> Por ejemplo, en los casos en que el supuesto propietario de un predio ejercita contra el que lo posee las acciones que le competen como arrendador y éste excepciona indicando que posee a título de enfiteusis. O cuando el dueño directo reclama la pensión, el reconocimiento del enfiteuta, etc. y el enfiteuta niega que tenga la finca en ese concepto afirmando ser propietario pleno. (COVIÁN, ob. cit., p. 665).



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

que se exija la documentación del negocio constitutivo con carácter probatorio pero no parece suficiente para justificar el carácter solemne del contrato de enfiteusis. Además, en la medida que el carácter perpetuo o indefinido no es exclusivo del censo enfiteutico sino también de los censos consignativo y reservativo (art. 1.608), la misma razón existiría para extender a los negocios que los constituyen tal exigencia formal, y sin embargo el Código no prevé para éstos ninguna forma especial.

En segundo lugar, pensamos que la aparente innecesariedad del artículo 1.628 C.c. si se interpreta que la escritura pública no es elemento esencial del negocio constitutivo de la enfiteusis no es razón bastante para presumir el carácter de requisito «ad solemnitatem» de dicha exigencia. Para llegar a tal conclusión sería preciso demostrar previamente que no cabe otra explicación que justifique la prescripción formal del artículo 1.628 C.c. y que la finalidad a que sirve la exigencia de forma sólo se cumple sancionando con la invalidez el contrato no formal. Conviene, por tanto, analizar si tiene algún fundamento la opinión que estima que la escritura pública a que se refiere el citado precepto es requerida para la eficacia real –constitución de la relación enfiteutica– del contrato de enfiteusis. Para ello comenzaremos por examinar el artículo 1.628 C.c.

El artículo 1.628 dispone: «El censo enfiteutico sólo puede establecerse... en escritura pública». Lo primero que llama la atención de este precepto es que no refiere la necesidad de escritura pública al contrato de enfiteusis –negocio constitutivo de la relación jurídico-real de enfiteusis– sino al censo enfiteutico –relación jurídico-real nacida como consecuencia del contrato–. En segundo lugar es de notar que el otorgamiento de escritura pública sólo es preciso para el «establecimiento», esto es, para el nacimiento o constitución del censo enfiteutico, por lo que tal exigencia formal no es aplicable a la transmisión del dominio útil o directo una vez nacida la relación jurídico-real<sup>114</sup>. De la colocación sistemática del precepto –capítulo II, título VII, libro III C.c., dedicado a las obligaciones y contratos– se desprende, en nuestra opinión, que tal exigencia sólo afecta a la hipótesis en que la enfiteusis se constituye contractualmente<sup>115</sup>,

---

<sup>114</sup> O'CALLAGHAM, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 120, afirma, por el contrario, aunque sin dar razón alguna que justifique su opinión, que el negocio de transmisión del dominio útil o del directo, estando ya la enfiteusis constituida, deberá ajustarse a lo dispuesto en el artículo 1.628 C.c. debiendo –según estima este autor– constar en escritura pública bajo pena de nulidad.

La limitación de la necesidad de forma pública al supuesto de constitución del censo enfiteutico había sido ya establecida por la jurisprudencia inmediatamente anterior al Código que, en relación a la exigencia formal prevista en Las Partidas para el contrato de enfiteusis, afirmaba que la misma sólo atañía al supuesto de constitución del censo enfiteutico pudiendo verificarse la transmisión a un tercero, tanto del dominio directo como del útil, por los modos establecidos para los demás derechos reales (Sentencia de 9 de julio de 1868). El artículo 1.628 C.c., siguiendo con la misma tónica, refiere la necesidad de escritura pública exclusivamente al momento de nacimiento del censo enfiteutico.

<sup>115</sup> Vid. MANRESA, ob. cit., p. 133.

e implica a «sensu contrario» que, cuando la constitución de la enfiteusis tiene lugar por medio de un contrato, sin el otorgamiento de escritura pública el censo enfiteútico no llega a establecerse, esto es, no nace la relación jurídico-real de enfiteusis. Ahora bien, ello no significa que la falta de forma pública determine la nulidad del contrato de enfiteusis puesto que una cosa es que el otorgamiento de escritura pública sea necesario para el nacimiento de la enfiteusis —en cuanto derecho o relación jurídica de carácter real— y otra, muy distinta, que el contrato dirigido a constituirla deba constar en escritura pública como requisito esencial de validez. El que la escritura pública sea presupuesto de la existencia del derecho real dimanante del contrato no afecta a la eficacia obligatoria de éste para la cual basta la prestación del consentimiento manifestado en cualquier forma (arts. 1.258, 1.278 C.c.). Es evidente, pues, que el texto del artículo 1.628 se acerca más a la opinión que considera la forma pública presupuesto de la eficacia real del contrato de enfiteusis que a la que lo reputa requisito «ad solemnitatem» del mismo.

Aunque se dice que la doctrina jurisprudencial que admite la prueba supletoria de la existencia de la enfiteusis siempre que se demuestre que se otorgó la correspondiente escritura pública evidencia que dicha forma es requisito «ad substantiam» del contrato constitutivo, en realidad en tales sentencias no se dice otra cosa sino la que hasta ahora hemos deducido del artículo 1.628 C.c: que la relación enfiteútica no existe si el negocio constitutivo no se documentó en escritura pública<sup>116</sup>. La exigencia de que la prueba de la enfiteusis comprende la circunstancia de que se otorgó la escritura pública (Sentencia de 15 de febrero de 1905) es lógica si se piensa que, de acuerdo con lo que se desprende del texto del artículo 1.628, si no se cumple dicha formalidad, el censo enfiteútico no existe como tal. Del mismo modo, si es un hecho demostrado que el negocio constitutivo no se documentó en escritura pública, es lo razonable no admitir prueba supletoria alguna de la existencia de la enfiteusis (Sentencia de 9 de noviembre de 1989) pues, obviamente, no puede probarse que existe algo que no ha llegado a nacer.

Ahora bien, el que, cuando la enfiteusis se constituye contractualmente, la documentación del contrato en escritura pública sea indispensable para el nacimiento de la

---

<sup>116</sup> Las resoluciones del Tribunal Supremo que se refieren a esta cuestión sólo afirman que la escritura pública es indispensable para la constitución del censo enfiteútico, pero no condicionan expresamente la validez del contrato constitutivo a la observancia de la prescripción formal. Entre ellas pueden destacarse la Sentencia de 15 de febrero de 1905 que dice que «la existencia de los censos puede justificarse por cualquiera elementos de prueba... siendo condición esencial para su validez y eficacia —validez y eficacia de los *censos*— la de que hayan sido constituidos en escritura pública»; asimismo, la Sentencia de 10 de enero de 1919 que afirma que «si bien los censos referidos deben, en efecto, constituirse por escritura pública, porque de otro modo no valdrían...» (no valdrían los *censos*, no los *contratos*), y la Sentencia de 4 de marzo de 1924 que dice que «si bien es cierto que conforme a las leyes de Partida, en cuyo espíritu se inspiran los artículos 1.624 y 1.628 C.c., los censos se constituyen consignándolos en escritura pública...». Esta sentencia vuelve a referirse a la escritura pública como requisito necesario para la constitución del *censo*, no para la validez del *contrato*.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

relación enfiteútica no parece acorde con la regla general de constitución de los derechos reales mediante el título y el modo<sup>117</sup>.

Si examinamos la enfiteusis desde su perspectiva meramente censal podría pensarse que, como el derecho de censo carece de la inmediatividad propia de los derechos reales, no cabe su constitución como derecho real y no meramente personal por otro modo de tradición que el previsto en el artículo 1.462,2 C.c., esto es, mediante el otorgamiento de escritura pública<sup>118</sup>. No obstante, aunque admitamos que el derecho real de censo está sujeto a la teoría del título y el modo<sup>119</sup>, siendo necesaria para su

---

<sup>117</sup> Téngase en cuenta que el artículo 1.628 dice que el censo enfiteútico *sólo* puede establecerse en escritura pública. Si bien puede pensarse que este precepto no contradice la regla de constitución de los derechos reales mediante el contrato seguido de la tradición (art. 609 C.c.) puesto que la escritura pública es una modalidad de tradición ficticia (art. 1.462,2 C.c.), de su tenor literal resulta que no es posible la constitución de la enfiteusis mediante la tradición real consistente en la entrega de la cosa.

<sup>118</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, cit., pp. 315 y 43, sostiene, en este sentido, que la necesidad de escritura pública prevista para la constitución del censo enfiteútico se extiende a los demás censos ya que éstos sólo pueden constituirse como derechos reales por medio del otorgamiento de escritura pública, al no ser posible otra modalidad de tradición.

<sup>119</sup> Afirma O'CALLAGHAM, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 22, que los censos no son poseíbles y por tanto, «no requerirán modo». El censalista, dice, «con derecho a percibir la pensión carece de posesión sobre la finca y por tanto adquirirá el derecho de censo por el título, sin necesidad de modo».

Normalmente se afirma que la teoría del título y el modo se extiende a la adquisición de derechos reales por contrato, siempre y cuando se trate de derechos poseíbles (ALBALADEJO, *Derecho de bienes, Parte general*, cit., pp. 143 y 144). Ahora bien, el problema estriba en determinar qué se entiende por derecho real poseíble.

Por lo general se consideran derechos reales no poseíbles, para cuya adquisición no hace falta la tradición, la hipoteca (en la que la inscripción viene a sustituir a la tradición) y los derechos de retracto y opción de origen convencional (ALBALADEJO, *Derecho de bienes, Parte general*, cit., p. 144; Díez-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., p. 764). Sin embargo, la calificación de otros derechos reales como las servidumbres negativas es discutida. Para algunos las servidumbres negativas se adquieren simplemente en virtud de título puesto que por su propia naturaleza no cabe acto alguno de transferencia de la posesión (OSSORIO MORALES, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1942», *R.G.L. y J.*, 1942, p. 545; ESPÍN, «La transmisión de los derechos reales en el Código civil español», en *RDP*, 1945, junio, n.º 339, pp. 355 y 356). Frente a ello, ALBALADEJO (*Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 136) sostiene que las servidumbres negativas no están exentas de la tradición porque son derechos reales poseíbles: si bien no implican la tenencia de la cosa objeto de la servidumbre son poseíbles como derechos. Poseer un derecho es tener de hecho el poder que corresponde a aquél, como es en las servidumbres negativas el poder de prohibir algo al dueño del predio sirviente.

Es decir, mientras para unos un derecho real es poseíble sólo cuando su titular posee la cosa sobre la que el derecho recae y ejercita un poder inmediato sobre la misma (según esta interpretación el derecho de censo sería «no poseíble»), para otros, un derecho real es poseíble siempre que quepa su posesión como derecho, o sea, siempre que su titular ostente el poder de hecho en que consiste ese derecho de un modo duradero. En este sentido derecho real no poseíble es únicamente aquél que se agota en un solo acto como la hipoteca o el retracto que se agotan en el acto de promover la enajenación de la cosa hipotecada o adquirir la que se retrae (ALBALADEJO, *Derecho de bienes, Parte general*, cit., pp. 52 y 53, texto y nota 4, en relación con pp. 40 y 43).

Por tanto, no estando excluidos los derechos reales que no implican tenencia de la cosa de la necesidad de cumplir el modo —únicamente en la medida que no permitan su ejercicio de un modo duradero y no

constitución la tradición, este argumento no explica la exigencia formal del artículo 1.628 ya que la necesidad de escritura pública se circunscribe al supuesto de constitución del censo enfiteútico siendo así que, según la interpretación apuntada, la documentación del contrato en escritura pública sería precisa para el nacimiento de todo derecho real de censo.

No puede ignorarse, además, que la enfiteusis es algo más que un censo, en la concepción del Código es una relación jurídica integrada por una duplicidad de derechos reales –dominio directo y dominio útil– recayentes sobre un mismo objeto<sup>120</sup>. Aun cuando pueda pensarse, en relación al derecho del censualista o dueño directo, que no es posible acudir a otra forma de tradición que el otorgamiento de escritura pública, en la medida que el dominio útil implica la posesión del inmueble por el enfiteuta, es perfectamente posible efectuar la tradición necesaria para el nacimiento del derecho real mediante la entrega material de la cosa al enfiteuta.

Conviene recordar en este punto que el artículo 1.628 C.c., al exigir el otorgamiento de escritura pública en la constitución del censo enfiteútico, no hace sino recoger la regla de forma prevista en Las Partidas para el contrato de enfiteusis. Como hemos visto, la prescripción formal de Las Partidas suscitó abundantes dudas acerca de la finalidad con que venía establecida. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que en Las Partidas la enfiteusis no era considerada como un censo sino como una institución intermedia entre la venta y el arrendamiento y especialmente cercana a este último, como lo demuestra el hecho de que en la Partida 5.<sup>a</sup> no se dedique a la enfiteusis un título especial sino que se regule dentro del título correspondiente al arrendamiento, como si fuese una especialidad de éste<sup>121</sup>.

La semejanza entre la enfiteusis y el arrendamiento creemos que es decisiva a la hora de explicar la disposición del artículo 1.628 C.c. La jurisprudencia anterior al Código, aun cuando no se pronunciara expresamente sobre el valor de la escritura pública requerida en Las Partidas –limitándose a afirmar que el censo enfiteútico debía

---

instantáneo–, su transferencia se hará mediante lo que algunos llaman «cuasitradición» («tradición de la posesión, no de cosas, sino de derechos», cfr. ALBALADEJO, *Derecho de bienes, Parte general*, cit., p. 164). La cuasitradición se realiza, bien mediante la entrega de los títulos de pertenencia del derecho (art. 1.464, regla 2.<sup>a</sup>), cosa que sólo es posible para la transmisión pero no para la constitución del derecho real, bien mediante el otorgamiento de escritura pública (art. 1.464 al principio, en relación al 1.462.2), modalidad de tradición que es posible «siempre». El modo previsto en el párrafo final del artículo 1.464 –uso del derecho–, dice PEÑA, *Derechos reales*, cit., p. 43, que está pensado para aquellos derechos reales que llevan aneja la facultad de inmediato uso o disfrute de la cosa misma.

<sup>120</sup> Señala O'CALLAGHAM, *Comentario del Código civil*, cit., p. 1.228, que en el condominio se produce una distribución de las facultades del dominio que puede ser material, temporal y jurídica. La enfiteusis es un condominio correspondiente al último tipo: los copropietarios –el dueño directo y el útil– son titulares del derecho de propiedad sobre la finca pero con distintas facultades jurídicas.

<sup>121</sup> Este carácter intermedio de la enfiteusis entre la venta y el arrendamiento lo pone de manifiesto la Sentencia de 25 de junio de 1859.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

constituirse en escritura pública<sup>122</sup>—, entendió, ante la duda acerca de si una situación debía ser considerada como arrendamiento o como enfiteusis, que la omisión del requisito de la escritura pública determinaba la presunción de que se había constituido un arrendamiento<sup>123</sup>. La documentación del contrato en escritura pública jugaba así como elemento determinante del carácter real —enfiteusis— u obligatorio —arrendamiento— de la relación jurídica instaurada. Para estimar constituida la relación jurídico-real de enfiteusis no bastaba la realización de la tradición subsiguiente al contrato, era preciso además que el negocio constitutivo se documentara en escritura pública.

Aunque en el Código civil la enfiteusis se incluye ya entre los censos no encontrándose vinculada con el arrendamiento es indudable que, desde un punto de vista externo, la enfiteusis presenta marcadas similitudes con éste<sup>124</sup>. La doctrina española y extranjera se ha esforzado tradicionalmente en establecer las notas que diferencian una y otra institución aduciéndose como tales: el carácter perpetuo o indefinido de la enfiteusis frente al carácter temporal del arrendamiento, la modicidad del canon frente a la mayor onerosidad de la renta arrendaticia y, fundamentalmente, el carácter real de la relación jurídica instaurada<sup>125</sup>. La modicidad de la renta es un elemento que puede darse también en el arrendamiento y el dato de la perpetuidad no puede considerarse por sí sólo como determinante de la calificación de la relación jurídica como enfitéuti-

---

<sup>122</sup> Así la Sentencia de 9 de abril de 1864: «Que si bien la constitución de un censo... exige como requisito indispensable el otorgamiento de escritura pública...» o la Sentencia de 26 de febrero de 1867: «Que con arreglo a la ley 3.ª, título 14... los censos se constituyen legítimamente cuando se consignan en escritura pública». (Es de notar que estas sentencias parecen extender la necesidad de escritura pública a la constitución de los demás censos).

<sup>123</sup> COVIÁN, ob. cit., p. 664. Cfr. Sentencias de 14 de febrero de 1862 y 18 de octubre de 1867, en las que, ante el ejercicio por los demandantes de la acción de desahucio contra el que ostentaba la posesión de la finca, que alegaba poseerla a título de enfiteusis (en el primer caso se habla, no obstante, de «foro presunto»), el Tribunal Supremo rechazó tal calificación con base en la falta de escritura pública de constitución del gravamen. Asimismo, las Sentencia de 16 de noviembre de 1870 y la Sentencia de 27 de junio de 1887. Esta última, aunque se suele incluir entre las que se refieren a la prueba supletoria de la enfiteusis, decide un litigio en que, mientras la demandante ejercitaba su acción contra el que consideraba arrendatario, éste alegaba tener la finca a título de enfiteusis. El Tribunal Supremo negó la existencia de la enfiteusis con base en el no otorgamiento de escritura pública, declarando que el recurrente debía ser considerado como «colono o aparcerero» y no como enfitéuta.

<sup>124</sup> Como pone de relieve LALAGUNA, ob. cit., pp. 79 a 81, cuando se pierde de vista la significación de la enfiteusis como un «ius in re aliena» viene a ser considerada simplemente como un arrendamiento perpetuo. La enfiteusis guarda gran afinidad con el arrendamiento en el plano de las relaciones obligatorias. Por eso, para marcar una diferencia entre una y otro es preciso pasar al plano de los derechos reales. Es claro, dice este autor «que fuera del plano de los derechos reales la enfiteusis se confunde con el contrato clásico de arrendamiento, como éste tiende a confundirse con aquélla cuando se pierde de vista su significación estrictamente obligatoria».

<sup>125</sup> COVIÁN, ob. cit., p. 662; CASTÁN, *Los Derechos reales restringidos*, cit., p. 270. En el Derecho francés, GIVERDON, ob. cit., p. 1; PLANIOL y RIPERT-GIVORD y TUNC, ob. cit., p. 989; PLANIOL y RIPERT-PICARD, ob. cit., p. 989.

ca si no va acompañada del carácter real<sup>126</sup> y no meramente obligatorio<sup>127</sup> de la relación instaurada. El carácter real de la relación jurídica derivada del contrato —con independencia de que puede deducirse del contenido de los derechos conferidos en el contrato a uno y otro sujeto<sup>128</sup>— precisa, en virtud del artículo 609 C.c., que se haya

<sup>126</sup> El artículo 1.655 C.c. parece usar el dato de la temporalidad como criterio distintivo entre la enfiteusis y el arrendamiento. Sin embargo, muestra de la confusión a que puede dar lugar el dar demasiada relevancia a tal característica es la Sentencia de 11 de febrero de 1908 que dice que «un arrendamiento perpetuo equivale a un verdadero contrato de censo enfiteutico, porque la circunstancia de la perpetuidad no se aviene ni conforma con las condiciones intrínsecas de aquel contrato». La analogía que, según esta opinión jurisprudencial, existe entre el arrendamiento perpetuo y la enfiteusis llevaría a considerar como verdaderos censos enfiteuticos los arrendamientos sujetos al régimen de prórroga forzosa en virtud de las leyes especiales, cosa insostenible si nos atenemos al contenido de los derechos conferidos al enfiteuta frente a los del arrendatario. Como dicen ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. II, 7.ª ed., Barcelona, 1979, p. 662: «no es lícito equiparar el arrendamiento protegido a la enfiteusis... porque, a pesar de tanta protección dirigida a dar estabilidad al arrendatario, persiste en él la estructura y alcance de los derechos personales».

<sup>127</sup> Del mismo modo que, desde el punto de vista de las relaciones obligatorias, la enfiteusis se confunde con el arrendamiento, el poder directo e inmediato que el arrendatario ostenta sobre la cosa ha hecho plantearse a algunos autores la posible naturaleza real del derecho arrendaticio. Y es que, aunque en teoría el arrendatario precisa la intermediación del arrendador que está obligado a proporcionar al arrendatario el goce de la cosa y a mantenerlo en el mismo durante toda la duración del contrato, en la práctica las cosas no se desarrollan así (cfr. DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., p. 101; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. II, *Derecho de cosas*, vol. 1.º, *Los derechos reales en general*, 13.ª ed. rev. y puesta al día por García Cantero, Madrid, 1987, p. 80).

No obstante, en el Derecho español la naturaleza personal del derecho del arrendatario parece estar fuera de dudas. Aun admitiendo que en el arrendamiento se da el requisito de la inmediatez, propio de los derechos reales, al arrendatario no se le otorga frente a perturbaciones jurídicas de terceros la protección que caracteriza a los derechos reales; además, aun cuando el arrendatario, por el hecho de ser poseedor, esté protegido en su posesión y pueda recuperarla, tal poder recuperatorio no deriva del arrendamiento sino de la posesión (vid. ALBALADEJO, *Derecho de bienes, Parte general*, cit., pp. 14 y 15; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. 1.º, 1.ª parte, 2.ª ed., Barcelona, 1988, pp. 12 y 219). Incluso respecto del arrendamiento inscrito y los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa por la legislación especial, que, según algunos autores, constituyen verdaderos derechos reales (así, DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., p. 101), se niega su carácter de derecho real. Se dice que generan un efecto real muy concreto y limitado que no modifica la naturaleza de la relación obligatoria. Que el derecho del arrendatario no es un verdadero derecho real lo demuestra el hecho de que no puede abandonarse como un derecho real ni cederse como él; no es usucapible ni prescribe como los derechos reales y, aunque el arrendamiento puede ser oponible a terceros, lo es frente a adquirentes posteriores de la cosa arrendada, pero no es oponible «erga omnes» en el sentido de que pueda hacerse valer inmediatamente frente a cualquiera, ni está protegido con acciones reales operantes frente a las perturbaciones jurídicas de terceros, sino con acciones personales o posesorias (CASTÁN, *Los derechos reales en general*, cit., p. 80; LACRUZ, *Derechos reales*, 1.º, 1.ª parte, cit., p. 21; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, cit., p. 21; ALBALADEJO, *Derecho de bienes, Parte general*, cit., p. 18; ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. II, cit., pp. 661 y 662).

<sup>128</sup> En el Derecho francés para determinar el carácter enfiteutico del arrendamiento concertado se tiene en cuenta, además de la larga duración del arrendamiento —superior a 18 años— y la modicidad de la renta, el carácter real del derecho del arrendatario-enfiteuta (recuérdese que en el Derecho francés el derecho al canon del concedente de la enfiteusis es un mero derecho de crédito) carácter real que, según la doctrina, hay que deducir de la interpretación de la voluntad de las partes: por ejemplo, del hecho de que se imponga al arrenda-

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

cumplido el requisito de la tradición. Afirma DIEZ-PICAZO que la esencia de la «traditio» consiste en la creación de «un signo exterior de reconocibilidad de la traslación del dominio» —o de la constitución de un derecho real, en nuestro caso—; lo que verdaderamente importa, añade, «es que la posesión del adquirente como dueño pueda ser fácilmente reconocida como tal por los terceros ajenos a la relación jurídica existente entre el que transmite y el que adquiere»<sup>129</sup>. Pues bien, cuando se trata de la constitución de la enfiteusis, la analogía de esta figura con el arrendamiento y el hecho de que el arrendador deba poner al arrendatario en posesión de la finca impide que el traspaso posesorio (que de por sí, suele decirse, es un hecho «incoloro» y «equivoco» puesto que puede servir a múltiples fines<sup>130</sup>) que realice el dueño directo en favor del enfiteuta pueda considerarse generador de una apariencia lo suficientemente concluyente como para que los terceros puedan reconocer la instauración de la relación jurídico-real. De ahí, a nuestro juicio, que el artículo 1.628 exija, cuando la enfiteusis se constituye contractualmente, el otorgamiento de escritura pública para el nacimiento del derecho real. La documentación del contrato en escritura pública es necesaria, junto con la tradición, como «signo de reconocibilidad» del establecimiento de la relación jurídico-real de enfiteusis, evitando toda confusión con relaciones de carácter meramente obligatorio como el arrendamiento<sup>131</sup>.

---

tario la obligación de mejorar la finca arrendada y soportar los deterioros que ésta pueda sufrir o del hecho de que se conceda al arrendatario la facultad de disponer e hipotecar su derecho. GIVERDON, ob. cit., p. 1; PLANIOL y RIPERT-GIVORD y TUNC, ob. cit., p. 989; PLANIOL y RIPERT-PICARD, ob. cit., p. 989.

<sup>129</sup> DIEZ-PICAZO, «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», en *ADC*, 1966, p. 561.

<sup>130</sup> DIEZ-PICAZO, «La tradición...», cit., p. 558; BELTRÁN DE HEREDIA, «La tradición como modo de adquirir la propiedad», en *RDP*, 1967, p. 104. Este último señala que la tradición adquiere color jurídico cuando a la entrega material en que consiste se le une una causa determinante y justificadora. Deja así de ser un hecho incoloro pero sigue siendo un hecho equivoco porque, no obstante estar justificada en una justa causa, puede servir para realizar múltiples fines: entrega de la cosa en préstamo, mutuo o comodato, en depósito, en garantía de una deuda, en detentación o posesión en nombre ajeno (arrendamiento), etc.

<sup>131</sup> La operatividad de la documentación del contrato en escritura pública como determinante de la calificación de la relación jurídica establecida como enfiteusis o como arrendamiento se muestra en la Sentencia de 24 de febrero de 1916. Se discutía si unos arrendamientos a largo plazo que una comunidad religiosa había venido realizando durante largo tiempo con los terratenientes de cierto lugar podían ser considerados como enfiteusis. Tras la desamortización el Estado, que había incautado los bienes al indicado Monasterio, enajenó el dominio directo correspondiente a las fincas en cuestión por estimar que se llevaban en enfiteusis y no en arrendamiento. Tal enajenación se llevó a cabo mediante escritura pública de 2 de abril de 1846, adquiriendo los antiguos arrendatarios la condición de enfiteutas. Con posterioridad los adquirentes del dominio directo exigieron a los que consideraban como enfiteutas el reconocimiento de su derecho, negándose a ello estos últimos por entender que no existía tal derecho real sino un mero arrendamiento. Demandados los supuestos enfiteutas, el Juzgado condenó a éstos al reconocimiento del censo siendo confirmada la sentencia en apelación. Interpuesto recurso de casación con base, entre otros motivos, en la infracción de la P. 1, 14, 3, la P. 5, 8, 28 y en el artículo 1.628 C.c., el Tribunal Supremo interpretó que, como el contrato mediante el cual el Estado transmitió el dominio directo a los adquirentes (contrato mediante el cual tuvo lugar en realidad la constitución de la enfiteusis, que no existía con anterioridad) se otorgó en

En relación con lo expuesto nos interesa destacar la resolución de la D.G.R.N. de 21 de julio de 1920, aunque relativa a una enfiteusis catalana. En Cataluña, con anterioridad a la Compilación de 1960 se entendía que, cuando la enfiteusis se constituía mediante contrato, éste debía constar forzosamente en escritura pública<sup>132</sup>. La resolución de la D.G.R.N. indicada estimó, sin embargo, que el contrato de enfiteusis celebrado verbalmente —práctica común en cierta población catalana— no era nulo. La Dirección General consideró el otorgamiento de escritura pública condición necesaria para la existencia de la enfiteusis como derecho real interpretando que el contrato celebrado verbalmente otorgaba solamente un derecho de carácter personal consistente en la posibilidad de exigir el otorgamiento de la correspondiente escritura<sup>133</sup>.

En nuestra opinión la exigencia formal del artículo 1.628 C.c. es requerida para el nacimiento de la relación enfitéutica cuando la enfiteusis se constituye contractualmente<sup>134</sup>. Si el contrato de enfiteusis se celebra en escritura pública tiene eficacia inme-

---

escritura pública, la situación jurídica instaurada tras la celebración de dicho contrato había de calificarse como enfiteusis y no como arrendamiento.

<sup>132</sup> Cfr. BORREL y SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, cit., p. 255.

<sup>133</sup> El supuesto de hecho era el siguiente: por escritura pública de 9 de agosto de 1917 se vendieron en Vendrell cuatro solares, expresándose en dicha escritura que las distintas fincas habían sido acensadas verbalmente por el vendedor a distintos sujetos estando pendiente el otorgamiento de las escrituras de «etabliment». En la misma escritura de venta se hacía constar que el comprador se obligaba a suscribir a favor de los sujetos indicados la correspondiente escritura pública de establecimiento de censo. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad, el registrador denegó la inscripción alegando que, estando acensadas ya las fincas a terceras personas, no podía el vendedor ostentar al mismo tiempo el carácter de dueño ni, por tanto, tener capacidad para transmitir el dominio de las fincas vendidas. El notario autorizante de la escritura interpuso el correspondiente recurso afirmando que en la escritura objeto del mismo sólo se hacía referencia a una *promesa de constitución de censo* y que en la enfiteusis no podía haber transmisión de derechos sin la correspondiente escritura pública. Añadía que una concesión verbal no podía dar origen a ningún derecho real por ser necesaria para su nacimiento la documentación del contrato en escritura pública.

La D.G.R.N. estimó acertadas las alegaciones del notario negando que existiera derecho real alguno pero reconociendo la existencia de *obligaciones personales* derivadas de los contratos verbales celebrados y relativas a los inmuebles vendidos, obligaciones personales en las que se subrogó el comprador y que se concretaban fundamentalmente en la obligación de otorgar las correspondientes escrituras de «etabliment».

<sup>134</sup> En la Sentencia de 12 de julio de 1951 parece que el Tribunal Supremo reconoce la eficacia obligatoria del contrato de censo enfitéutico celebrado en documento privado. Los hechos eran los siguientes: entre el actor y el demandado se había celebrado un contrato de censo enfitéutico en documento privado recayendo éste sobre determinados terrenos cuya posesión fue entregada al actor. El demandante interpuso una primera demanda en la que solicitaba que se condenara al demandado a elevar el contrato a escritura pública. El Juzgado desestimó la pretensión porque no se aportó a los autos el documento privado demostrativo de la celebración del contrato. Posteriormente, el demandante interpuso nueva demanda en la que se pedía la condena del demandado a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del aludido contrato ya que el demandado constituyó —con posterioridad a la desestimación de la primera demanda— un nuevo censo sobre aquellos terrenos, obteniendo el nuevo censatario sentencia de desahucio en precario contra el actor. El Juez de Primera Instancia acogió la excepción de cosa juzgada opuesta por el demandado por entender que existía entre ambos juicios —independientemente de la diferencia de súplicas— identidad de causas y personas. La Audiencia acogió igualmente dicha excepción. Interpuesto el recurso de casación, con base fundamentalmente en la interpretación errónea de la doctrina del Tri-



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

diatamente dispositiva: nace la relación jurídica real de enfiteusis<sup>135</sup>. Del artículo 1.629 C.c. parece desprenderse que el legislador configura el contrato de enfiteusis como un contrato de eficacia real. Dicho precepto exige que en la escritura de constitución del censo enfiteútico se haga constar el valor de la finca y la pensión anual que haya de satisfacerse bajo pena de nulidad del contrato. La determinación de la pensión es un requisito esencial a todo derecho de censo puesto que constituye el contenido del derecho del censalista (art. 1.604 C.c.). Configurándose el contrato de enfiteusis –otorgado en escritura pública– como contrato de eficacia real es lógico que se exija que en el contrato se haga constar, bajo pena de nulidad, el importe de la pensión puesto que de otro modo quedaría indeterminado el objeto del contrato<sup>136</sup>. Por lo que respecta a la valoración de la finca, ésta es indispensable en cuanto opera como capital de redención (art. 1.651). Si en el Código se mantuvo la subsistencia de la enfiteusis (recuérdese que el censo enfiteútico fue suprimido en el Proyecto de 1851), fue sobre la base de su carácter redimible (art. 1.608 C.c.)<sup>137</sup>. Si ello era así es sensato pensar

---

bunal Supremo que diferencia entre cosa juzgada en sentido formal y cosa juzgada sustantiva o material, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Aunque la argumentación del Tribunal Supremo se centra en determinar los presupuestos que permitiesen la apreciación de la existencia de cosa juzgada, nos interesa destacar las siguientes afirmaciones, realizadas en el considerando segundo: «...esta resolución (la dictada por el Juzgado de primera Instancia) decidió definitivamente sobre la eficacia del contrato constitutivo del censo, denegando por falta de prueba la súplica de la demanda que interesaba la elevación del documento privado citado a escritura pública, *lo que equivale a pedir el cumplimiento del contrato, requisito aquél indispensable para la válida constitución del censo enfiteútico conforme al artículo 1.628 C.c.*, y siendo así lo juzgado impide que pueda exigirse en este juicio la indemnización por el incumplimiento del contrato que presupone la declaración de que éste debió cumplirse, petición que ha de considerarse hecha como se dice en el anterior litigio al solicitar su elevación a escritura pública y de la que fue absuelto el demandado...».

De lo expuesto parece desprenderse que el Tribunal Supremo no considera inválido el contrato de censo enfiteútico celebrado en documento privado. Afirma que la elevación del documento privado a escritura pública es «requisito indispensable para la válida constitución del censo enfiteútico conforme al artículo 1.628 C.c.» y que el solicitar la elevación del contrato a escritura pública «equivale a pedir el cumplimiento del mismo». Es decir, en la medida que el censo enfiteútico precisa para su constitución el otorgamiento de escritura pública no bastando la entrega de la posesión de los terrenos acensuados –que fue entregada al actor en el supuesto de autos– la reclamación dirigida a exigir el otorgamiento de la escritura equivale a exigir el cumplimiento de la obligación de constituir tal derecho real y, por tanto, el cumplimiento del contrato en cuanto vínculo obligatorio.

<sup>135</sup> El artículo 609 del Código civil no hace ninguna excepción a la necesidad de tradición para la constitución contractual de derechos reales. No obstante, como la documentación en escritura pública es indispensable para el nacimiento del censo enfiteútico y ésta tiene el valor de «traditio ficta» conforme al artículo 1.462. 2 C.c., cabe pensar que, salvo que las partes excluyan el valor traditorio de la escritura considerando necesaria la entrega efectiva de los bienes para el nacimiento de la enfiteusis, su otorgamiento sirve para dar por cumplido el requisito de la tradición.

<sup>136</sup> Si de acuerdo con las reglas generales basta que el objeto del contrato sea determinable sin necesidad de un posterior acuerdo de las partes, ello no es posible si el efecto inmediato del contrato es la constitución del derecho real.

<sup>137</sup> De hecho, en los debates parlamentarios posteriores a la publicación del Código se justifica el mantenimiento de la enfiteusis indicando que mediante esta institución y a través del principio de la reden-

que interesara al legislador que en el momento de constitución del censo enfiteutico quedara perfectamente fijado el capital de redención no pudiendo constituirse válidamente tal derecho real sin su determinación. Considerándose el nacimiento del censo enfiteutico efecto inmediato del contrato de enfiteusis (otorgado en escritura pública), la determinación del capital de redención viene a ser condición necesaria no sólo de la válida constitución del derecho real sino también de la validez del contrato.

Cuando el contrato de enfiteusis no se celebra en escritura pública, aun cuando se entregue al adquirente del dominio útil la posesión del bien en cuestión, no nace la relación enfiteutica. Las partes están, no obstante, obligadas en virtud del contrato celebrado a constituir la enfiteusis. Como para ello es indispensable la formalización del convenio es claro que el que asume la posición de enfiteuta tendrá derecho a exigir al concedente de la enfiteusis, en virtud del artículo 1.279 C.c., el otorgamiento de la escritura pública requerida por la ley «para hacer efectivas las obligaciones propias» del indicado contrato, debiendo tenerse en cuenta que, en este caso, la acción que se deriva del artículo 1.279 C.c. es equivalente a la dirigida a exigir el cumplimiento del contrato. Ello implica que, al igual que sucede en la hipótesis del contrato de hipoteca, el plazo de prescripción de la acción para exigir la documentación del convenio ha de comenzar a contarse desde que pueda pedirse su ejecución y no una vez que se hayan agotado todos sus efectos. Asimismo, que la obligación de elevar el contrato a escritura pública tiene carácter esencial y no accesorio, de manera que si el contrato de enfiteusis tiene carácter oneroso<sup>138</sup>, la negativa del concedente de la enfiteusis al otorgamiento de la escritura legitima a la otra parte a instar, ex artículo 1.124 C.c., la resolución de dicho convenio.

Conviene recordar que en la hipótesis del contrato de hipoteca, el Código, aunque configura dicho contrato como de eficacia real regula también el contrato obligatorio al que denomina «promesa». Dijimos por ello que la falta de forma pública determina la alteración de la calificación aplicable al supuesto de hecho negocial que no puede subsumirse en el esquema contractual que se califica como «contrato de hipoteca» debiendo encuadrarse en la figura denominada «promesa de constituir hipoteca». En relación al contrato de enfiteusis el Código no distingue según que se estructure como obligatorio –generador de una obligación de constituir la relación enfiteutica– o como contrato de eficacia real –generador del derecho o relación real–. No obstante, si estimamos que el legislador parte de la eficacia inmediatamente dispositiva del contrato de enfiteusis, como parece desprenderse del artículo 1.629, el contrato de eficacia obligatoria habría de considerarse como atípico.

---

ción se permitía que la riqueza territorial pasara a sus poseedores (*Diario del Congreso*, de 11 abril de 1889, n.º 92. También, *Diario del Congreso*, 9 de abril de 1889, n.º 90 –la edición utilizada es la preparada por Herrero Gutierrez y Vallejo Ubeda, Madrid, 1989–).

<sup>138</sup> Sobre la posibilidad de constituir la enfiteusis a título gratuito, vid. nota 89.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

### VI. LA FORMA COMO PRESUPUESTO DE LA EFICACIA REAL DE CIERTOS CONTRATOS: LOS CONTRATOS DE CENSO RESERVATIVO Y CONSIGNATIVO. EL CONTRATO DE SUPERFICIE.

El Código no exige ninguna forma especial para los contratos de censo consignativo y reservativo aunque, obviamente, les será aplicable el artículo 1.280.1 C.c. No obstante, si se admite que el derecho real de censo está sujeto a la teoría del título y el modo, hay que entender que cuando dichos derechos reales nacen en virtud de contrato, su constitución (no la transmisión del censo ya constituido) sólo puede llevarse a cabo mediante la tradición que consiste en el otorgamiento de escritura pública (art. 1.464 en relación al 1.462.2)<sup>139</sup>. Desde esta perspectiva resulta que, con independencia de lo establecido en el artículo 1.628 para la constitución del censo enfiteutico, cuando los censos reservativos y consignativos se constituyen mediante contrato, la documentación de éste en escritura pública es también indispensable para el nacimiento del derecho real. Celebrándose tales contratos en escritura pública tienen eficacia real: determinan el nacimiento del derecho de censo. Celebrándose oralmente o en documento privado generan la obligación de constituir el censo de que se trate. Como para la ejecución de tal obligación es necesario el otorgamiento de escritura pública, los contratantes podrán compelerse a llenar la forma necesaria para la constitución del derecho real (art. 1.279 C.c.).

Hasta aquí hemos visto que el hecho de que ciertos contratos se celebren en una determinada forma puede incidir en la eficacia, real o meramente obligatoria, que despliegan, determinando, en algunos casos, la modificación de efectos derivada de la omisión de la forma requerida en la ley la alteración de la calificación que les resulta aplicable. La influencia de la forma de celebración del contrato sobre el carácter real u obligatorio de la relación jurídica resultante y, por ende, del tipo contractual al que

---

<sup>139</sup> Si se tiene en cuenta que, como dice PEÑA, *Derechos reales*, cit., p. 43, la modalidad de tradición consistente en el uso que del derecho haga el adquirente (art. 1.464) parece pensada sólo para aquellos derechos que llevan aneja la facultad de inmediato uso o disfrute sobre la cosa misma y que la entrega de los títulos de pertenencia del derecho (art. 1.464) no puede operar cuando se trata de constitución «ex novo» del derecho real, resulta que el nacimiento del derecho de censo sólo puede tener lugar mediante la tradición consistente en el otorgamiento de escritura pública. La transmisión del censo ya constituido, sin embargo, puede efectuarse también mediante la entrega al adquirente de los títulos de pertenencia del derecho.

Respecto de la enfiteusis habíamos ya indicado que a la transmisión del dominio útil o del directo no le es aplicable el artículo 1.628 C.c. de manera que el efecto traslativo no está supeditado, por vía del artículo 1.628, a la documentación del contrato en escritura pública. De acuerdo con lo dicho, cuando se trata de la transmisión del dominio útil la tradición podrá llevarse a cabo, ya mediante la entrega de la posesión, ya mediante cualquiera de las modalidades de tradición previstas en el artículo 1.464. La tradición necesaria para la transmisión del dominio directo sólo podrá efectuarse, sin embargo, mediante la entrega de los títulos de pertenencia del derecho real o mediante el otorgamiento de escritura pública.

pertenece el supuesto de hecho negocial se observa claramente en el Derecho italiano en relación al contrato de superficie.

Según lo dispuesto en el Código italiano de 1942, el derecho de superficie puede tener lugar bien porque un sujeto transfiera a otro la propiedad de una construcción preexistente separadamente de la propiedad del suelo (art. 952.2) o bien porque el propietario del suelo otorgue en favor de otro un derecho de construir y mantener lo construido sobre su terreno (art. 952.1). La denominada concesión «ad aedificandum» puede adoptar en el Derecho italiano carácter real, dando lugar a un genuino derecho de superficie, o bien carácter obligatorio, en cuyo caso el beneficiario puede levantar sobre suelo ajeno una construcción y mantenerla durante cierto tiempo sin adquirir el dominio<sup>140</sup>. El problema se plantea, en la práctica, a la hora de determinar cuándo el contrato debe ser considerado como constitutivo de un derecho real de superficie y cuándo como creador de una relación meramente obligatoria<sup>141</sup>.

Pues bien, como se sabe<sup>142</sup>, en el Derecho italiano los contratos constitutivos de derechos reales están sujetos, en general, en virtud del artículo 1.350, a la necesidad de forma escrita –pública o privada– bajo pena de nulidad. En concreto, el número 2 del citado artículo exige dicha forma para los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran el derecho de superficie, siendo dicha forma, según el tenor del artículo 1.350, necesaria para la validez del contrato. Pese a ello, la jurisprudencia y la doctrina, teniendo en cuenta que la concesión «ad aedificandum» puede estructurarse ya como derecho real ya como derecho de carácter personal, ha interpretado que la falta de forma escrita no determina la nulidad del contrato constitutivo del derecho de superficie (en su modalidad de concesión del derecho a edificar) sino la falta de eficacia real del contrato –recuérdese que en el Derecho italiano rige el sistema de transmisión consensual de derechos reales– subsistiendo éste como vínculo obligatorio, eficaz sólo frente al concedente. En consecuencia, para que el derecho a edificar a cuya concesión se dirige el contrato exista como derecho real y no meramente personal es indispensable que el contrato se documente en escritura pública o privada<sup>143</sup>. En caso contrario el

<sup>140</sup> PALERMO, *La superficie*, en *Trattato di Diritto privato* dirigido por Rescigno, t. 8, Torino, 1982, pp. 3 y 4; DE MARTINO, ob. cit., p. 40.

<sup>141</sup> La jurisprudencia italiana ha intentado establecer criterios que permitan diferenciar uno y otro supuesto basándose en la interpretación de la voluntad contractual. En este sentido se indica que cuando la disponibilidad del suelo tiene una función meramente instrumental siendo la finalidad principal del contrato la atribución del derecho a edificar, derecho del que se obtiene la «utilidad primaria» del negocio, se está ante un contrato de superficie. En cambio, cuando la finalidad principal es atribuir el goce de un inmueble y la concesión del derecho a edificar es un mero instrumento de actuación del goce mismo, el contrato debe ser calificado como arrendaticio y generador de un derecho de carácter personal. Vid. DE MARTINO, ob. cit., pp. 42 y 43.

<sup>142</sup> *Supra*, cap. I, apartado II, 2, B.

<sup>143</sup> DE MARTINO, ob. cit., p. 43; ZACCAGNINI y PALATIELLO, ob. cit., p. 260, texto y nota 12.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

contrato del que se deriva la concesión «ad aedificandum» no tiene más que eficacia obligacional y, bien se considera un contrato atípico, bien se reconduce al esquema del contrato de comodato o, más usualmente, al del arrendamiento, pues suele ser normal que este tipo de concesión venga incluida dentro de un contrato de arrendamiento constituyendo un específico derecho del arrendatario<sup>144</sup>.

En el Derecho español el derecho de superficie se reguló en la Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 16 de mayo de 1956 si bien únicamente en su vertiente urbanística. El nuevo texto refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 1/1992 de 26 de junio) regula igualmente el derecho de superficie en sus artículos 287 a 289. Los derechos de superficie rústica y urbana –cuando el suelo sobre el que se constituye no está sujeto a un Plan de Ordenación Urbana– quedan fuera del ámbito de la Ley del Suelo y se rigen por el artículo 1.655 C.c. Como es sabido, el Código no regula el derecho de superficie, sólo alude a él en el artículo 1.611.3 que se refiere a la redención de los censos constituidos con anterioridad al Código civil, de lo que parece desprenderse que considera el derecho de superficie un supuesto de dominio dividido<sup>145</sup>. Por ello el Tribunal Supremo y la doctrina han venido estimando que el derecho de superficie es uno de los gravámenes análogos a la enfiteusis a que se refiere el artículo 1.655 C.c. para establecer el régimen que les es aplicable<sup>146</sup>.

Por lo que respecta al derecho de superficie de carácter urbanístico, el artículo 288.2 de la Ley del Suelo vigente exige para la constitución del mismo la formalización del negocio constitutivo en escritura pública y la inscripción registral, teniendo ésta eficacia constitutiva del derecho de superficie<sup>147</sup>. Debido a tales exigencias –ya

<sup>144</sup> PALERMO, ob. cit., p. 4; DE MARTINO, ob. cit., p. 41. En estos casos se dice que el contrato en cuestión está sujeto a la normativa registral prevista para los contratos de arrendamiento y no a la prevista para los negocios constitutivos de derechos reales sobre bienes inmuebles (DE MARTINO, ob. cit., p. 44). El artículo 2.643.8 C.c. dice que están sujetos a transcripción los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de duración superior a nueve años.

<sup>145</sup> GUILARTE ZAPATERO, *El Derecho de superficie*, Pamplona, 1966, p. 162. Al igual que ocurre con la enfiteusis existen distintas teorías acerca de la naturaleza jurídica del derecho de superficie, en síntesis: a) derecho real sobre construcciones hechas en fundo ajeno; b) supuesto de dominio dividido; d) duplicidad de relaciones jurídicas: derecho real sobre suelo ajeno y propiedad superficiaria o separada recayente sobre la construcción realizada. Por todos, CASTÁN, *Los derechos reales restringidos*, cit., pp. 378 y ss.

<sup>146</sup> Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1928; 26 de junio de 1929; 3 de julio de 1941; 5 de febrero de 1923; 26 de octubre de 1956; 5 de enero de 1967... Esta opinión la acepta, en general, la doctrina: ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 219; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 487; SANTOS BRIZ, ob. cit., p. 615; COSSÍO, ob. cit., p. 652. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ob. cit., pp. 331 y 332, distingue entre un derecho de superficie de carácter censuario, al que considera un gravamen análogo a la enfiteusis, y un derecho de carácter no censuario. LACRUZ, *Derechos reales limitados*, cit., p. 277, opina, sin embargo, contra la «communis opinio» que el artículo 1.655 no afecta al derecho de superficie.

<sup>147</sup> Dice el artículo 288.2 del texto refundido de la Ley del Suelo: «La constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública, y como requisito constitutivo de su eficacia inscribirse en el Registro de la Propiedad».

impuestas en la L.S. 1956— algún autor ha sostenido que la escritura pública es forma «ad solemnitatem» del contrato superficiario<sup>148</sup>. Para otros, sin embargo, el contrato realizado en documento privado produce plenos efectos obligacionales que legitiman a las partes para compelerse al otorgamiento de escritura pública, inexcusable para el ingreso en el Registro<sup>149</sup>. A nuestro juicio se reproduce aquí el esquema que ya apuntamos en relación al contrato de hipoteca. Al configurarse la inscripción registral como constitutiva del derecho de superficie, el otorgamiento de escritura pública deviene imprescindible para el nacimiento del derecho real a cuya consecución se dirige el contrato puesto que sin tal documentación no es posible practicar la inscripción. Ahora bien, el contrato es eficaz —en cuanto vínculo obligatorio— cualquiera que sea su forma de celebración (art. 1.278 C.c.). De ahí que las partes puedan compelerse a llenar la forma ex artículo 1.279 C.c. con el objeto de constituir el derecho real mediante la correspondiente inscripción registral.

---

ROCA SASTRE, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, I, p. 46, nota 47, indica que en el derecho de superficie está justificada la imposición del sistema de inscripción constitutiva «debido a la índole propia de este derecho, pues mientras no se construye no está materializado y una vez hecha la edificación es normal pensar que ésta pertenece al dueño del suelo».

Aunque el artículo 16.1 R.H. establece el carácter constitutivo de la inscripción de la superficie urbana la doctrina niega que tal precepto pueda afectar a toda superficie urbana —una norma reglamentaria no puede modificar el criterio de la Ley Hipotecaria en relación al carácter declarativo de la inscripción de derechos reales— afirmando que sólo afecta a la que está sujeta a lo dispuesto en la Ley del Suelo (GUILARTE, ob. cit., p. 231; ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., pp. 223, 224; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 490; LACRUZ, *Derechos reales limitados*, cit., p. 278).

PRATS ALBENTOSA, «El Derecho de superficie» en *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Valencia, 1994, pp. 599 y 601, estima que las normas de procedimiento para la constitución del derecho de superficie contenidas en el nuevo texto refundido de la Ley del Suelo están previstas para el caso en que el constituyente sea una persona pública y no para el caso en que sea un particular. En consonancia con ello entiende que el artículo 288 texto refundido de la Ley del Suelo, que exige escritura pública e inscripción registral para la constitución del derecho de superficie, no es aplicable a la constitución del derecho por los particulares y afirma que respecto de las superficies constituidas por particulares rige el sistema de adquisición por el título y el modo.

<sup>148</sup> FOSAR BENLLOCH, «Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie», en *ADC*, 1958, pp. 858 y ss.

<sup>149</sup> GULLÓN, *La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del Suelo y legislación hipotecaria)*, Sevilla, 1960, p. 74 y ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 223. Advierte éste último que la regla general de libertad de forma no debe estimarse derogada sino para los casos que claramente están exceptuados, debiendo interpretarse por ello que la Ley del Suelo exige la formalización en escritura pública como forma del artículo 1.280 en relación al 1.279 Código civil.

DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974, pp. 290 y 291, dice que la opinión de Gullón no interpreta correctamente el precepto de forma «ya que si se trata de forma constitutiva, es decir, *ad solemnitatem*, la forma no depende de las normas generales sobre la materia y no es correcto, en tal caso, invocar la aplicación del artículo 1.279 C.c., que se refiere a la forma cuando ésta es tomada en consideración *ad probationem*». Cabría objetar a tal afirmación que si Gullón estima que el contrato es obligatorio aunque no esté documentado en escritura pública es porque no considera que dicha forma sea constitutiva, siendo, por tanto, correcta la invocación del artículo 1.279 Código civil.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

En cuanto al derecho de superficie no urbanístico, el artículo 1.655 C.c. distingue según que el gravamen se establezca por tiempo indefinido o por tiempo limitado. En el primer caso dice que se regirá «por las disposiciones establecidas para el censo enfiteútico» (art. 1.655.1). Cuando se trata de gravámenes temporales dispone que «se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato» (art. 1.655.2).

De acuerdo con este precepto cuando el derecho de superficie se constituye por un período indefinido le será aplicable la normativa de la enfiteusis y, por tanto, el artículo 1.628 C.c.<sup>150 151</sup>. En consecuencia, según la interpretación que de este último hemos realizado, cuando la superficie (rústica o urbana en su modalidad no urbanística) se constituye contractualmente, el nacimiento del derecho real estará supeditado a la documentación del contrato constitutivo en escritura pública.

En cuanto al derecho de superficie de duración limitada, el artículo 1.655.2, al disponer que los gravámenes temporales «se estimarán como arrendamientos», parece considerarlos derechos de carácter meramente personal<sup>152</sup>. La doctrina mayoritaria estima, sin embargo, que este precepto no convierte el derecho de superficie de carácter temporal (ni en general los «gravámenes» a que se refiere) en un derecho de naturaleza personal, determinando únicamente la aplicabilidad de la normativa propia del arrendamiento siempre que sea compatible con su naturaleza de derecho real<sup>153</sup>. En

---

<sup>150</sup> ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 224, texto y nota 289 bis; DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie*, cit., p. 289. Como sabemos, la opinión mayoritaria interpreta que el artículo 1.628 C.c. impone la escritura pública como requisito «ad solemnitatem» del contrato de enfiteusis. Conforme a esta interpretación la remisión del artículo 1.655 a la normativa de la enfiteusis determinaría la nulidad del contrato de superficie –de carácter indefinido– no documentado en escritura pública. Llama la atención, sin embargo, que algunos autores –aún partiendo de la indicada interpretación del artículo 1.628– nieguen que el contrato de superficie de duración indefinida tenga carácter solemne, basándose para ello en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1928 que dijo que el derecho de superficie «precisa para que pueda reconocerse su existencia legal que se demuestre con la escritura de constitución o con algún otro documento justificativo» –afirmación conforme a la que se interpreta que, puesto que puede admitirse la prueba del derecho de superficie por cualquier medio, la escritura pública no es requisito constitutivo del contrato– (así, SANTOS BRIZ, ob. cit., p. 615; PUIG PEÑA, ob. cit., p. 589). Tal interpretación no deja de ser curiosa si se tiene en cuenta que la sentencia mencionada no hace sino trasladar al ámbito del derecho de superficie la doctrina jurisprudencial que permite probar la existencia de la enfiteusis, una vez constituida mediante la correspondiente escritura pública, por otros medios supletorios. En sede de enfiteusis no se considera, sin embargo, que ello demuestra que la escritura pública no es elemento esencial del contrato de enfiteusis sino, más bien, lo contrario (vid. apartado IV).

<sup>151</sup> GUILARTE, ob. cit., p. 222, estima que, aun admitiendo que el derecho de superficie esté recogido en el artículo 1.655 C.c., es dudosa que sea absoluta la aplicabilidad de la normativa de la enfiteusis a esta institución y considera que en este punto lo procedente es aplicar las normas generales de los artículos 1.278 y ss.

<sup>152</sup> Así lo entiende O'CALLAGHAM, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 233, quien dice que, cuando el gravamen es de naturaleza temporal, el artículo 1.655 «le quita el carácter de derecho real y lo configura como arrendamiento».

<sup>153</sup> GUILARTE, ob. cit., pp. 168, 170 y 173. PEÑA, ob. cit., p. 330, nota 2, observa que el propio artículo 1.655.2 al hablar de «gravámenes» confirma el hecho de que los derechos a que se refiere no son

cualquier caso, y aunque pudiera pensarse que el artículo 1.655 C.c. configura el derecho de superficie que se establece con carácter temporal como un derecho personal entendemos que la constitución del mismo como derecho real sería posible al amparo del principio del «*numerus apertus*» de derechos reales<sup>154</sup> —del mismo modo que se admite la posibilidad de constituir un derecho de superficie de carácter no censuario al amparo del indicado principio<sup>155</sup>— siempre que la autonomía de la voluntad no rebase ciertos límites y concretamente, siempre que se respeten los requisitos de forma que caracterizan a los negocios constitutivos de derechos reales (art. 1.280.1)<sup>156</sup>. DÍEZ-PICAZO dice, en este sentido, que «la plena efectividad o el pleno advenimiento a la existencia de un derecho real exige unas también muy especiales condiciones de forma y de publicidad» ya que, aunque la falta de la forma requerida en el artículo 1.280.1 para los contratos constitutivos de derechos reales no afecte a la validez de los mismos, «parece bastante claro que un negocio jurídico que no se haya documentado mediante escritura pública sólo produce efectos entre las partes o efectos de carácter simplemente obligatorio, en el orden de los derechos reales inmobiliarios»<sup>157</sup>. En la hipótesis de constitución de un derecho de superficie rústica o urbana de carácter temporal —en su modalidad no urbanística— será conveniente, con objeto de evitar su posible consideración como relación de carácter obligacional, la documentación del contrato en escritura pública.

---

derechos personales sino reales aunque limitados y temporales. En p. 332, nota 5, añade que la aplicación, en su caso, de la normativa del arrendamiento no debe llevar a la anulación de la peculiar naturaleza del «ius superficiei». ALBALADEJO, *Derechos reales sobre cosa ajena*, cit., pp. 201 y 202, dice, en relación a los foros —que tradicionalmente se han considerado incluidos en el artículo 1.655 C.c.—, que debe entenderse que el párrafo 2.º del citado artículo sólo pretende que, sin dejar de ser derechos reales, sean regulados, en lo que sea compatible con la naturaleza del foro, por las normas del arrendamiento. Lo mismo dice en relación al derecho de superficie temporal (p. 221, nota 284 bis).

<sup>154</sup> A no ser que se interpretara que el artículo 1.655.2 C.c. en cuanto excluyente del carácter real de los derechos de superficie y otros «análogos a la enfiteusis» de carácter temporal es un precepto imperativo.

<sup>155</sup> Esto es, que no sea contra canon, como es esencial para aquellas figuras de naturaleza censal, y configurándolo, según dice PEÑA, ob. cit., p. 332, «como propiedad —copropiedad *pro diviso*— o sólo como derecho real sobre la edificación o plantación y siempre con la servidumbre de apoyo en el suelo».

<sup>156</sup> Como es sabido, en nuestro Derecho se admite la posibilidad de crear nuevos derechos reales o modificar la fisonomía de los reconocidos en la ley siempre que el derecho que se pretende crear como real reúna los elementos que estructuralmente son exigidos por el ordenamiento jurídico para ser considerados como tal y la autonomía privada no rebase ciertos límites. Entre estos límites incluye DÍEZ-PICAZO, «Autonomía privada y Derechos reales», en *Libro-Homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976, pp. 299 y ss., la necesidad de manifestar expresamente la voluntad de crear una relación jurídica con carácter real, la necesidad de determinación del objeto y contenido del derecho que se quiere instaurar como derecho real, el respeto a los requisitos de forma del negocio constitutivo y a los requisitos de publicidad que caracteriza a los derechos reales y la necesidad de que la creación de ese derecho esté justificada por una causa o función económico-social para cuya consecución no baste la instauración de una relación obligatoria.

<sup>157</sup> DÍEZ-PICAZO, «Autonomía privada y derechos reales», cit., p. 324.



## CAPÍTULO V

### EL CONTRATO DE SOCIEDAD

#### I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

##### 1. Derecho romano



N el Derecho romano primitivo no se conocía el contrato de sociedad. Los orígenes de la sociedad romana, tal y como aparece en el período clásico, parece que se encuentran en el llamado «consortium erecto non cito». El «consortium» era una comunidad establecida entre «heredes» que se instauraba automáticamente tras la muerte del «pater» y que no se limitaba a los bienes procedentes originariamente de la herencia sino que se extendía a las sucesivas adquisiciones de los «consortes». El único modo de evitar la instauración de esta comunidad era proceder a la división de la herencia paterna<sup>1</sup>.

La instauración de una comunidad de bienes entre extraños se hizo posible con posterioridad mediante la celebración de un contrato —el de sociedad— en virtud del

---

<sup>1</sup> TALAMANCA, voz «Società» (Dir. rom.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XLII, pp. 815, 816; CANCELII, voz «Società» (Dir. rom.), en *Nuovo Digesto Italiano*, t. XVII, Torino, 1982, p. 499.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

cual dos o más personas se obligaban recíprocamente a poner en común bienes o actividades para alcanzar un fin patrimonial útil para los asociados, dividiendo entre ellos, según una proporción preestablecida, las ganancias y las pérdidas<sup>2</sup>. Es de notar que el contrato de sociedad no generaba más que una relación obligatoria entre los asociados que no tenía relevancia frente a terceros. No existía la sociedad como persona jurídica sino sólo como vinculación interna entre los participantes en el contrato de sociedad<sup>3</sup>. El contrato de sociedad era de carácter consensual<sup>4</sup> y no formal: las partes podían manifestar su voluntad de estar asociados de cualquier forma pudiendo celebrarse el contrato entre ausentes, por medio de «nuntius», por carta y también por actos concluyentes (por ejemplo, la entrega de las cosas prometidas por los socios) de los que pudiera deducirse la voluntad de celebrar el convenio<sup>5</sup>.

Aunque se dice que mediante el contrato de sociedad los contratantes se obligaban a poner en común sus bienes para conseguir la finalidad social, se discute, sin embargo, si el condominio surgía inmediatamente a consecuencia del contrato o era necesaria la transmisión de los bienes en cuestión mediante los procedimientos específicos para cada tipo de bien («mancipatio», «in iure cessio» o «traditio») ya que de los textos de Paulo y Gayo se deduce que en la «societas omnium bonorum» el condominio se constituía por efecto del consentimiento, hecho éste que parece estar en contradicción con las solemnidades romanas acerca de la transmisión de la propiedad. Aunque esta cuestión se encuentra aún sin resolver observa TALAMANCA que la opinión dominante estima que el régimen del «consortium» –del que se dice que deriva la sociedad romana– influyó sobre el de la «societas omnium bonorum» en lo que suele llamarse «transitus legalis» constituyéndose así automáticamente el condominio entre los socios desde el momento de la conclusión del contrato<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> ARANGIO RUIZ, *La società in Diritto romano*, Napoli, 1965, p. 6. La sociedad romana podía adoptar según Gayo dos modalidades: la «societas omnium bonorum» que era una sociedad universal en la que los socios se obligaban a poner en condominio todos sus bienes para conseguir un fin patrimonial común y la «societas unius alicuius negotii» o «societas unius rei» que era una sociedad particular encaminada a realizar con bienes y con obras comunes actividades industriales o comerciales determinadas. TALAMANCA, ob. cit., pp. 821, 822; TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 1987, pp. 440, 441; VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986, p. 519.

<sup>3</sup> Parece que existía, no obstante, alguna excepción a la falta de personalidad jurídica de la sociedad como en la hipótesis de la denominada «societas publicanorum». Sobre ello, TALAMANCA, ob. cit., pp. 831 y ss. OURLIAC y MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé*, t. I, *Les obligations*, 2.ª ed., París, 1969, p. 304.

<sup>4</sup> OURLIAC y MALAFOSSE, ob. cit., p. 303, indican, no obstante, que por más que la sociedad fuese un contrato consensual, supone la realización de aportaciones comunes por lo que algunos han pensado que en principio tuvo carácter real.

<sup>5</sup> CANCELII, ob. cit., p. 500; VOLTERRA, p. 520; TORRENT, ob. cit., p. 435. ARANGIO RUIZ, ob. cit., p. 66.

<sup>6</sup> TALAMANCA, ob. cit., p. 824. Vid. también TORRENT, ob. cit., p. 436; VOLTERRA, ob. cit., p. 522, nota 130. Este último advierte que en realidad no se sabe si la formación del condominio social era interpretada por los romanos como una transferencia de propiedad. En el mismo sentido, CANCELII, ob. cit., pp. 505, 506.

## 2. Derecho histórico español

Durante la Edad Media y los primeros siglos de la Edad Moderna prevalecieron en materia de sociedad los principios de Derecho romano. Según CASTÁN las sociedades de la Edad Media eran por lo general de carácter agrario y del tipo de las universales de ganancias pues se constituían para el cultivo en común de la tierra y reparto de las ganancias obtenidas de ella. En cuanto a su forma de constitución, no se exigía ninguna forma específica. Podían ser tácitas o constituidas por pacto expreso. De entre ellas las compañías tácitas fueron las más numerosas y probablemente las más antiguas<sup>7</sup>.

Por lo que respecta al Derecho castellano, la P. 5, 10, 1, siguiendo la tradición romana, define el contrato de «compañía» como aquel por el cual convienen entre sí los contrayentes en comunicarse sus bienes o sus obras para obtener una utilidad común<sup>8</sup>. La sociedad podía ser universal o particular, según establecía la P. 5, 10, 3<sup>9</sup>. El contrato de compañía era de carácter consensual y no era necesaria ninguna forma específica para su validez<sup>10</sup>. Aunque la P. 3, 18, 78, se refería a la forma en que debía ser hecha «la carta de la compañía», esta disposición no implicaba que la forma escrita fuese presupuesto de validez del contrato. El título 18 de la Partida III estaba dedicado a «las escrituras, por que se pruevan los pleytos» por lo que se interpretaba que el indicado precepto se limitaba a señalar la forma y términos en que debía ser extendido el documento en que se plasmara el contrato de sociedad<sup>11</sup>. Tampoco implicaba el precepto mencionado que el documento fuese el único medio de probar la existencia del contrato. El Tribunal Supremo afirmaba

<sup>7</sup> CASTÁN, «Del contrato de sociedad», en *Código civil comentado* de MUCIUS SCAEVOLA, t. XXV, 1.ª ed., Madrid, 1933, pp. 315, 316. Sobre los distintos tipos de sociedad existentes en la Edad Media y su evolución, vid. pp. 317 y ss. También, y con especial referencia al origen y evolución de las sociedades mercantiles en el Derecho intermedio, vid. PECORELLA, voz «Societá» (Dir. interm.) en *Enciclopedia del Derecho*, t. XLII, pp. 860 y ss.

<sup>8</sup> La Partida 5, 10, 1 dice: «Compañía es ayuntamiento de dos omes o de mas, que es fecho con entencion de ganar algo de su uno, ayuntandose los unos con los otros...E fazese la compañía con consentimiento, e con otorgamento de los que quieren ser compañeros».

<sup>9</sup> Dice la P. 5, 10, 3: «Puedese fazer la compañía en dos maneras. La una manera es, quando la fazen desta guisa: que todas las cosas que han quando fazen la compañía, e las que ganaren dende en adelante, sean communales, e tambien la ganancia, como la pérdida, que pertenesca a todos. La otra es, quando la fazen sobre una cosa señaladamente: como en vender vino, o paño, o otra cosa semejante».

<sup>10</sup> ASSO y MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 3.ª ed., Madrid, 1780, p. 308, decían, en este sentido, que «puede hacerse compañía tácita o expresamente, por sola palabra, carta o mensajero». Asimismo, ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho real de España*, t. II, Madrid, 1829, p. 104; SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, t. I, 3.ª ed., Madrid, 1832, p. 346.

<sup>11</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV, reimp. de la ed. de 1869, Valladolid, 1988, p. 468.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

que el contrato de compañía podía probarse «por todos los medios de prueba que el Derecho reconoce»<sup>12</sup>.

Hasta la publicación del Código civil no se reconoció legalmente la personalidad jurídica de la sociedad civil<sup>13</sup>. De acuerdo con el Derecho de Partidas, los bienes aportados por los socios pasaban a ser propiedad común de todos los asociados<sup>14</sup>. En relación con ello es importante destacar, en primer lugar, que en el Derecho histórico español, al igual que en el Derecho romano, se entendía que en la sociedad universal los bienes objeto de las aportaciones se hacían comunes para los socios sin necesidad de tradición y por el solo efecto del contrato «como si hubiese intervenido una tradición ficta»<sup>15</sup>. En segundo lugar, que los autores del siglo XIX, ya antes del reconoci-

---

<sup>12</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.ª ed., Madrid, 1899, p. 524. La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1870 dice en este sentido: «el contrato de compañía o sociedad se perfecciona por el consentimiento de los contrayentes con arreglo a lo dispuesto en la ley 1, título X de la Partida quinta, y por consecuencia puede ser justificado no solamente por documentos públicos o privados, sino también por los demás medios de prueba que el derecho reconoce».

<sup>13</sup> Observa SCAEVOLA-CASTÁN, «Del contrato de sociedad», cit., p. 454, que si bien existían leyes que suponían la personalidad jurídica de ciertas instituciones (Iglesia, Municipios, etc.) en ninguna de ellas podía fundarse la personalidad de las asociaciones. Hasta el Código de comercio de 1885 no aparece un reconocimiento legislativo expreso de la personalidad jurídica de la sociedad, mercantil, en este caso.

<sup>14</sup> Se afirmaba que, si no se había pactado nada acerca de la forma de administración, «todos los socios se consideran apoderados» y «lo que uno haga obligará a todos» si bien se entendía que cada uno de ellos podía oponerse a las operaciones de los demás antes de que produjeran efecto legal —nótese la similitud de esta regla con la establecida en el artículo 1.695.1 C.c.— (FERNÁNDEZ ELÍAS, *Novísimo Tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, p. 620; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ ob. cit., p. 478; GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, *Elementos de Derecho civil y penal*, Madrid, 1874, p. 337). La responsabilidad de los socios era mancomunada. Se afirmaba que los socios, salvo pacto en contrario, respondían «a prorrata» o en partes proporcionales a sus aportaciones de las deudas contraídas por la sociedad. Pero, dado que los acreedores no tenían por qué conocer el importe de las aportaciones de cada uno de ellos se indicaba que podían reclamar a los socios por partes iguales, con independencia de que en las relaciones internas entre éstos se distribuyera la responsabilidad en proporción a las aportaciones realizadas (GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 338; FERNÁNDEZ ELÍAS, ob. cit., p. 621; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ ob. cit., pp. 482, 482). Ahora bien, hay que hacer notar que los socios sólo respondían de los contratos concertados por uno de ellos si éste había actuado con poder de los demás o, en caso de no haberlo hecho así, en tanto que el acto realizado hubiese cedido en beneficio de la sociedad (así, afirmaban ASSO y MANUEL, ob. cit., p. 309: «que sean comunes las deudas y expensas contrahidas para utilidad de la compañía o del que se hallare comisionado en servicio de los compañeros»). En semejante sentido, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN, ob. cit., p. 338; FERNÁNDEZ ELÍAS, ob. cit., p. 621; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ ob. cit., pp. 481, 482). Nótese que esta regla aparece incorporada en el artículo 1.698 C.c. y, en cierta medida también, en el artículo 1.697.

<sup>15</sup> La P. 3, 38, 47, que preveía la posibilidad de tradición fingida —concretamente, la realización de la «traditio brevi manu»— en relación con el contrato de compraventa, decía en torno al contrato de sociedad: «Otro si dezimos, que quando fazen los omes compañías entre si, poniendo, que todos los bienes, que han o ganaren dende adelante, que sean comunamente de todos los compañeros; que luego que tal compañía ayan fecha, e firmada, e otorgada entre si, que passa el señorío de todas las cosas, que cada uno dellos ha, a los otros, tambien como si unos a otros se oviessen apoderado en todos los bienes, que oviessen, corporalmente. Empero, si algunos de los compañeros oviessen de recibir algunos debdos, o derechos que fuessen suyos en ante que fiziessen la compañía, no los pueden demandar los otros sin su otorgamiento o mandado; mas con todo esso, tenuto es, de les otorgar poder de los demandar; e lo que ende ovieren deve ser comunamente de todos».

miento legal de la personalidad jurídica de la sociedad civil, estimaban que del contrato de sociedad podía derivar la existencia de una persona moral, independiente de los asociados<sup>16</sup>. Para los autores del siglo XIX, la personalidad jurídica de la sociedad civil no estaba ligada a la observancia de un determinado requisito formal –el contrato de sociedad era libre de forma– o de publicidad registral –no existían registros destinados al efecto– sino, según parece desprenderse de las afirmaciones de alguno de ellos, a su actuación en el tráfico jurídico y en sus relaciones con terceros como entidad independiente de los socios<sup>17</sup>.

### 3. Proyectos de Código

#### A) PROYECTO DE 1836

En el Proyecto de 1836 el artículo 1.438 definía el contrato de sociedad como «un convenio por el cual dos o más personas estipulan poner alguna cosa en común, con el fin de participar de las ganancias que puedan resultar de esta asociación». No se reconocía personalidad jurídica a la sociedad civil de manera que los bienes aportados pasaban a ser propiedad común de todos los socios. En cuanto a la forma del contrato, el artículo 1.452 establecía que «todo convenio de sociedad universal de bienes o ganancias o cuya duración debiera exceder de un año habrá de otorgarse en escritura

---

Vid. ASSO y MANUEL, ob. cit., p. 309; SALA, ob. cit., p. 347; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ ob. cit., p. 470; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 525. Es de notar que los créditos aportados a la sociedad universal no podían ser ejercitados por los demás socios sin un poder especial del socio acreedor.

<sup>16</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ ob. cit., p. 468; SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pp. 521, 524, 525, 527. Vid., también, SCAEVOLA-CASTÁN, «Del Contrato de sociedad», cit., p. 454, texto y autores citados en nota 1.

<sup>17</sup> Dice SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., p. 527: «Las relaciones de la sociedad con terceras personas nacerán, por consecuencia de la aplicación de la nueva personalidad *que el trato de sociedad origina*, a ulteriores relaciones contractuales o de otra clase, *en las que la sociedad obre por medio de su legítima representación*, y serán sus efectos los que correspondan a la naturaleza, en cada caso, de esas ulteriores relaciones, *de las que la sociedad es término personal, como entidad colectiva*; esto en el supuesto que la representación sea perfecta y constituida la relación con los terceros, mediante el previo y cabal conocimiento de la participación social de cada socio, según los pactos sociales; que si esa circunstancia no le fuere conocida e imputable al tercero que concertó relaciones con la sociedad entonces se procederá conforme a las reglas de la mancomunidad simple, dividiendo su reclamación el tercero, por iguales partes, entre todos los socios, aunque éstos se reintegren luego entre sí, con arreglo a la proporción de su participación social...». Puede observarse que es la actuación de la sociedad como entidad colectiva lo que permite considerarla como persona jurídica.

Por su parte, decía MORATÓ, *El Derecho civil español*, t. II, 2.ª ed., Valladolid, 1877, pp. 456, 457: «Aparte de las obligaciones que respectivamente contrae cada uno de los socios en favor del otro... pueden contraerse otras, así como adquirirse derechos *por la compañía considerada como persona jurídica*, respecto de otras personas o compañías: las cuales, como es evidente, *habrán de determinarse por los contratos que dicha sociedad haya celebrado con otras sociedades o particulares*».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

pública o privada ante tres testigos» pero no imponía ninguna sanción para el caso de inobservancia de la forma exigida –sin que, por otra parte, existiera ningún precepto general del que pudiera deducirse qué valor había de darse a la forma prescrita legalmente– por lo que no puede decirse con certeza si dicha forma tenía o no carácter de elemento esencial del contrato.

### B) PROYECTO DE 1851

El artículo 1.564 del Proyecto definía la sociedad como «un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común sus bienes o industria, o alguna de estas cosas, con ánimo de partir entre sí las ganancias». No se reconocía expresamente la personalidad jurídica de la sociedad civil<sup>18</sup>.

Respecto a la forma del contrato, el artículo 1.003 del Proyecto –precedente del actual artículo 1.280 C.c.– que hacía una relación de los contratos que debían redactarse en escritura pública, la exigía, en su número 3, para el contrato de sociedad cuando ésta fuese universal, y cuando fuese particular, si era de valor de 100 o más duros o alguno de los bienes aportados era inmueble. Por su parte, el artículo 1.565 establecía: «Es nula la sociedad siempre que se aportan bienes, si no se hace un inventario o estado firmado por las partes, que deberá unirse a la escritura, cuando ésta sea necesaria». GARCÍA GOYENA, advertía, en su comentario a este precepto, que dicho artículo sólo operaba cuando, según el artículo 1.003, fuese necesaria la escritura<sup>19</sup> lo que implica que sólo era necesaria la realización por escrito de un inventario cuando el negocio constitutivo de la sociedad debiera constar en escritura pública.

Así pues, el contrato de sociedad universal debía ser siempre celebrado en escritura pública debiendo inventariarse por escrito los bienes aportados. El contrato de sociedad particular sólo requería la documentación en escritura pública y el inventario cuando las aportaciones fuesen de valor superior a 100 o más duros o alguna de ellas tuviese como objeto bienes inmuebles.

---

<sup>18</sup> En ninguno de los preceptos dedicados a la regulación del contrato de sociedad se dice que de éste se derive un organismo dotado de personalidad jurídica. Los socios eran cotitulares de los bienes aportados («comuneros» –cfr. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, reimp., Barcelona, 1973, p. 23–) y respondían de las obligaciones contraídas por la sociedad frente a tercero mancomunadamente –en el sentido que actualmente tiene esta expresión, pues en el Proyecto se denominaban mancomunadas a las obligaciones solidarias– y por partes iguales aunque entre ellos debía prorratearse la responsabilidad en proporción a sus aportaciones (arts. 1.591 y 1.593 del Proyecto). No obstante, GARCÍA GOYENA, ob. cit., p. 26, en su comentario al artículo 1.594, que establecía la preferencia de los acreedores de la sociedad sobre los bienes sociales, dice que «la sociedad, según el artículo 33, es una persona moral».

<sup>19</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., t. IV, p. 4.

De los comentarios de GARCÍA GOYENA a los preceptos transcritos –artículos 1.003.3 y 1.565– se deduce que el documento público se exigía con una finalidad probatoria<sup>20</sup>. Así, en el comentario al artículo 1.565, dice GARCÍA GOYENA que el artículo 1.834 del Code «no exige inventario, sino que se reduzca a escrito (el contrato de sociedad) cuando su objeto es de valor de más de 150 francos, porque arriba de esta suma no se admite en aquel Código la prueba de testigos» y seguidamente añade: «acerca de este particular se ha provisto ya en el número 3 de nuestro artículo 1.003»<sup>21</sup>, afirmación que implica que la exigencia de escritura pública prescrita en el artículo 1.003.3 tenía la misma finalidad que la del artículo 1.834 francés, siendo requerida, por tanto, como medio de prueba. Asimismo, en el comentario al número 3 del artículo 1.003 dice GOYENA que la necesidad de escritura pública es una excepción a lo dispuesto en el artículo 1.002 –que exigía la forma escrita para la prueba de las obligaciones de valor superior a 100 duros– ya que: «requiere escritura pública cuando para los otros basta la privada»<sup>22</sup>. De lo indicado se desprende que dicha forma se consideraba necesaria para la prueba del contrato de sociedad y no para su validez. Dado que en el Proyecto de 1851 se impuso, siguiendo al Código francés, un sistema de tasa de la prueba, la forma prescrita para el contrato de sociedad tenía carácter «ad probationem» en sentido técnico, es decir, la omisión de la forma requerida impedía acudir a otros medios de prueba para demostrar la existencia del contrato<sup>23</sup>. Ello explica que en los casos en que se exigía la documentación del contrato en escritura pública se requiriese además la realización de un inventario de los bienes aportados puesto que, en palabras de GARCÍA GOYENA, «de poco serviría ésta, sin el inventario: la oscuridad y la imposibilidad de las pruebas serían siempre las mismas»<sup>24</sup>.

#### C) ANTEPROYECTO DE 1882-1888 Y REDACCIÓN DEFINITIVA DEL CÓDIGO CIVIL

En el Anteproyecto existían dos títulos dedicados a la sociedad, el título I «De la sociedad» y el título II «De las sociedades con personalidad jurídica». La personalidad jurídica de la sociedad civil era, por tanto, excepcional –y venía ligada a un reconocimiento legal expreso<sup>25</sup>– pues como regla, según establecía el artículo 5 del indicado título I, «la

<sup>20</sup> Ya se indicó en el primer capítulo (apart. III, 1, C) que la escritura pública requerida en el artículo 1.003 del Proyecto de 1851 no era con carácter general elemento esencial de los negocios en él comprendidos.

<sup>21</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., t. IV, p. 4.

<sup>22</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., t. III, p. 40.

<sup>23</sup> No se admitía la prueba de testigos, presunciones, ni la de confesión y sólo podía recurrirse al juramento decisorio. Vid. *supra*, cap. I, apart. II, 1, C.

<sup>24</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., t. IV, p. 4.

<sup>25</sup> El artículo 47 del título II decía: «Las asociaciones de personas, formen o no sociedad civil, sólo constituyen una entidad jurídica, independiente de la personal de los individuos que las componen, cuando tienen dicho concepto por la ley o se forman con aprobación de la autoridad pública».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

sociedad civil no constituye una persona jurídica distinta de los asociados». Aunque pueda resultar contradictorio, los preceptos dedicados al contrato de sociedad en el Código civil proceden casi íntegramente del título I del Anteproyecto, relativo a las sociedades sin personalidad jurídica. Ello se debe a que el artículo 1.669 del Código civil –del que se deduce a «sensu contrario» la regla general de personalidad de la sociedad civil–, junto con el artículo 1.670, fue introducido precipitadamente sobre el texto ya redactado del Código civil en las sesiones del Congreso posteriores al Real Decreto de 6 de octubre de 1888, es decir, cuando ya se estaba publicando el Código en la Gaceta. Al mismo tiempo que se introducían estos preceptos se desechó la permanencia del título del Anteproyecto correspondiente a las sociedades sin personalidad jurídica<sup>26</sup>. La precipitada inclusión del artículo 1.669 en el Código civil no supuso alteración alguna en el resto del articulado que fue redactado tomando como base una sociedad carente de personalidad. Ello explica las numerosas expresiones existentes en el texto actual del Código que aluden a la existencia de un patrimonio común a todos los asociados<sup>27</sup>, pese a que una de las consecuencias que se conectan al reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad es la formación de un patrimonio independiente perteneciente a la sociedad como entidad autónoma.

Lo indicado es importante ya que la exigencia de escritura pública prevista en el artículo 1.667 C.c. para el contrato de sociedad en que existe aportación de inmuebles –cuya inobservancia ocasiona, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la falta de personalidad jurídica de la sociedad así constituida– se refería, originalmente (antes de la introducción del artículo 1.669 C.c.), a un contrato de sociedad que no tenía como efecto el nacimiento de una persona jurídica independiente de los socios. Dicho artículo es idéntico al artículo 3 del título del Anteproyecto dedicado a las sociedades sin personalidad<sup>28</sup>, lo que demuestra que, al menos desde el punto de vista de los antecedentes históricos, la tesis jurisprudencial carece de fundamento.

---

<sup>26</sup> Entre el 6 de octubre de 1888 y el 29 de noviembre del mismo año, la Comisión general de Codificación celebró veinte sesiones en las que, en algunas ocasiones, sólo participaron tres de los treinta miembros que la componían y en las que se modificaron y suprimieron artículos del Anteproyecto de 1888 que había ya comenzado a publicarse como Código civil. Este hecho y especialmente el que tales modificaciones se hicieran sin intervención de la mayoría de los vocales de la Comisión ocasionó ciertas protestas. (DANVILA, *Diario del Congreso* [edición preparada por Herrero Gutiérrez y Vallejo Ubeda, Madrid, 1989], 21 de marzo de 1889, n.º 75, p. 1.534).

Al parecer los artículos 1.669 y 1.670 fueron introducidos a propuesta de Gamazo el 18 de noviembre de 1888. Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965, p. 38, nota 114, pp. 44, 45, nota 128.

<sup>27</sup> Cfr. arts. 1.665, 1.673, 1.674 C.c., etc.

<sup>28</sup> El indicado artículo 3 decía: «La sociedad civil se podrá constituir en cualquier forma salvo el caso de aportarse a ella bienes inmuebles o derechos reales, en el cual será necesaria la escritura pública». PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ob. cit., p. 635, califica como «nuevo» este precepto. Recuérdese que en el Proyecto de 1851 la escritura pública era necesaria para la sociedad universal en todo caso y para la particular en casos específicos.



Debe además tenerse en cuenta que, según aparece en el borrador del Anteproyecto que se encuentra en el Archivo de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia<sup>29</sup>, el indicado artículo 3 tuvo dos redacciones. La primera versión de este precepto (que aparece tachada y dentro de un recuadro en el mencionado borrador) decía lo siguiente: «La sociedad civil se podrá constituir por escrito o de palabra salvo que, por aportarse a ella bienes inmuebles o derechos reales, hubiere necesidad de hacerse constar esta circunstancia en escritura pública». En la sesión de 23 de febrero de 1886 se acordó que dicho artículo, propuesto por Cárdenas, fuese redactado nuevamente, esta vez por Igón. Conforme a la primera versión del precepto parece claro que la exigencia de escritura pública tenía el mismo carácter que la que pudiera tener en cualquier negocio traslativo de inmuebles (el art. 1.293.1 –análogo al art. 1.280.1 C.c.– exigía que tales contratos constaran en dicha forma). La versión definitiva del precepto es la coincidente con el artículo 1.667 del Código civil.

Por otra parte, el artículo 4 del título I, «De la sociedad», del Anteproyecto, antecedente del 1.668 del C.c., disponía: «Es nula la sociedad siempre que se aporten bienes si no se hace un inventario de ellos firmado por las partes que deberá unirse a la escritura cuando ésta sea necesaria». Este precepto procede del artículo 1.565 del Proyecto de 1851<sup>30</sup>, anteriormente transcrito. Hay que hacer notar que el artículo 1.668 del Código civil modificó el indicado artículo 4 del Anteproyecto limitando la necesidad de inventario al supuesto en que los bienes aportados tienen carácter inmueble. Como el inventario escrito se exigía cuando era necesaria la escritura pública y ésta sólo se requería en caso de existir aportación de inmuebles, el legislador del Código debió considerar lo lógico circunscribir a esta hipótesis la necesidad de inventario.

## II. DERECHO COMPARADO

### 1. Derecho francés

Dado que la ley de 4 de enero de 1978 ha reformado sustancialmente la regulación del contrato de sociedad en el Código civil francés vamos a dividir el examen de la forma del contrato de sociedad en dos apartados que comprenden, respectivamente, el régimen anterior y posterior a la reforma.

#### A) RÉGIMEN ANTERIOR A LA LEY DE 1978

En el antiguo Derecho francés el contrato de sociedad no estaba sujeto a ninguna forma específica. No solamente no era necesario que existiese un acto escrito sino

<sup>29</sup> Legajo 18, carpeta 3.ª, documento n.º 3.

<sup>30</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Anteproyecto*, cit., p. 635.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

que tampoco era preciso que hubiese una convención expresa, las partes podían convenir tácitamente la sociedad cuando hubiesen habitado en común durante un año y un día dando lugar a las llamadas «sociétés taisibles» o sociedades tácitas<sup>31</sup>. Sin embargo, como la Ordenanza du Moulins no admitía la prueba por testigos para las convenciones cuyo objeto excediese de determinada suma<sup>32</sup>, la documentación del contrato se hacía necesaria para probar la existencia de la relación societaria<sup>33</sup>.

El Código de Napoleón estableció en su artículo 1.834 que «toda sociedad debe constituirse por escrito cuando su objeto tenga un valor que exceda de 150 francos. No se admite la prueba testifical contra lo que contenga la escritura de sociedad ni sobre lo que se alegare haberse dicho antes al mismo tiempo o después de esta escritura, aun en el caso de tratarse de una suma de dinero o valor menor de 150 francos»<sup>34</sup>. Puede observarse que la forma escrita no era necesaria para la validez del contrato de sociedad sino para su prueba, pudiendo las partes documentar el contrato con posterioridad a su celebración<sup>35</sup>. Ahora bien, la regla del artículo 1.834 era en realidad innecesaria puesto que el artículo 1.341 del Code establecía la tasa de la prueba para las convenciones de valor superior a 150 francos con carácter general<sup>36</sup>. Los autores franceses interpretaron por ello que la repetición del principio general en sede de sociedad tenía como fin proscribir la existencia de las sociedades tácitas<sup>37 38</sup>.

---

<sup>31</sup> POTHIER, *Traité du contrat de société*, en *Ouvres de Pothier* anotadas por Bugnet, t. IV, vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1861, n.º 799, p. 269; TROPLONG, *Le Droit civil expliqué, Du contrat de société civil e commerciale*, t. I, París, 1843, pp. 196 y 197, explica el fundamento de la existencia de las sociedades tácitas y su utilidad práctica.

<sup>32</sup> *Supra*, cap. I, apart. II, 1.

<sup>33</sup> POTHIER, ob. cit., n.ºs 78 y ss., pp. 268, 269, indicaba que el escrito no se requería más que para la prueba del contrato de sociedad pues éste, formado por el solo consentimiento, era válido entre las partes.

<sup>34</sup> El artículo 1.834 fue modificado por la Ley de 21 de febrero de 1948 que sustituyó la suma de 150 francos por la de 5.000 francos).

<sup>35</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, *Trattato teorico pratico di Diritto civile, Della societa, del mutuo, del deposito*, versión italiana, Milano, 1914, n.ºs 32 y ss., pp. 30 y ss.; PAUL PONT, *Explication du Code civil*, t. 7, *Du contrat de société*, París, 1884, p. 112; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XI, *Contrat civils*, 2.<sup>a</sup> parte, por Rouast, Savatier, Lepargneur y Besson, 2.<sup>a</sup> ed., París 1954, p. 235.

<sup>36</sup> *Supra*, cap. I, apart. II, 1.

<sup>37</sup> A pesar de que tras la Ordenanza du Moulins no se admitía la prueba de testigos para las convenciones de valor superior a una determinada cantidad, las sociedades tácitas habían subsistido en aquellas provincias donde la costumbre había permitido su permanencia. La existencia de dichas sociedades se consideraba una excepción peligrosa a la regla de tasa de la prueba. De ahí que la doctrina estimara que la finalidad del artículo 1.834 fuese excluir toda excepción —relativa a las reglas de la prueba— referente a la sociedad tácita. La sociedad cuya existencia resultase de la cohabitación o la vida en común durante un determinado tiempo no podría ser probada por testigos, ni acudiendo a las presunciones, si su valor superaba los 150 francos. PAUL PONT, ob. cit., p. 113; BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, ob. cit., n.º 35, p. 33; TROPLONG, ob. cit., p. 200. Entre los autores más recientes, vid. PLANIOL y RIPERT-LEPARGNEUR, ob. cit., p. 287; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. IV, trad. de la 2.<sup>a</sup> ed. francesa por De Buen, reimp. de la 3.<sup>a</sup> ed. rev. por Ortega Lorca, Madrid, 1981, p. 638.

<sup>38</sup> La tasa de la prueba prevista en el artículo 1.834 no jugaba respecto de los terceros que contrataran con la sociedad. Es decir, los terceros podían demostrar la existencia de la sociedad con todos los medios de prueba admitidos por el Derecho. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, ob. cit., n.º 40, p. 36; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 638.

En el Código de Napoleón no se reconoció la personalidad jurídica de la sociedad civil. Con las aportaciones de los socios se constituía una comunidad de bienes. No obstante la jurisprudencia y la doctrina defendía el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad civil, que no se llevó a cabo, sin embargo, hasta la reforma de 1978<sup>39</sup>. En cualquier caso, es de notar que de acuerdo con la regla de transmisión del dominio por el mero consentimiento vigente en el Derecho francés, la constitución de la comunidad de bienes se producía por el solo efecto del contrato y sin necesidad de tradición<sup>40</sup> (del mismo modo que si se parte de la personalidad jurídica de la sociedad ésta, como entidad, adquiere la propiedad de los bienes aportados por los socios desde la celebración del contrato).

#### B) DERECHO FRANCÉS TRAS LA LEY DE 1978

La Ley 78-9 de 4 de enero de 1978 ha modificado el régimen de la sociedad contenido en el título IX «De la société» del libro III del Code. Tras esta ley se reconoce ya expresamente la personalidad jurídica de las sociedades civiles pero su adquisición por la sociedad queda sujeta al cumplimiento de determinadas formalidades de publicidad<sup>41</sup>. Tales formalidades, siguiendo la pauta marcada por la ley de 1966 de reforma del Código de comercio en materia de sociedades mercantiles, consisten en la práctica de un «aviso» de constitución de la sociedad que debe realizarse en un diario habilitado para recibir anuncios legales (art. 18 D. 3 julio de 1978 de aplicación de la citada Ley 78-9), la inmatriculación de la sociedad en el Registro de comercio y socie-

<sup>39</sup> Anterior y posteriormente a la publicación del Code se había venido discutiendo la cuestión de la personalidad jurídica de la sociedad civil en la doctrina francesa (vid. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, ob. cit., n.ºs 11 y ss., pp. 8 y ss, sobre el desarrollo de tal discusión). Tras la publicación del Code, se mantuvo inicialmente por la jurisprudencia la opinión que negaba la personalidad jurídica de la sociedad civil. Sin embargo tras las sentencias de la Sala de casación de 23 de febrero de 1891 y 2 de marzo de 1891 se tendió a reconocer su personalidad moral. (vid. BONECASSE, *Elementos de Derecho civil*, I, trad. mejicana, Mejico, 1945, pp. 269 y ss. que cita sentencias que reconocen la personalidad jurídica de las sociedades civiles). Esta última opinión es la que sostenía la doctrina predominante y la jurisprudencia antes de la reforma del título de la sociedad por la Ley de 1978. Cfr. PLANIOL y RIPERT-LEPARGNEUR, ob. cit., p. 291; COLIN y CAPITANT, ob. cit., pp. 630 y ss.

<sup>40</sup> Las reglas generales relativas a la necesidad de transcripción para la eficacia frente a tercero de la constitución o transmisión de derechos reales se consideraban aplicables a la aportación de bienes o derechos reales a la sociedad, así como los preceptos del Código civil que establecían determinados requisitos para la eficacia frente a tercero de la cesión de créditos. BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, ob. cit., n.ºs 172 y ss., pp. 114, 115; PLANIOL y RIPERT-LEPARGNEUR, ob. cit., p. 281.

<sup>41</sup> El nuevo artículo 1.871 dice en su párrafo 1.º que «los asociados pueden convenir que la sociedad no sea inmatriculada. La sociedad se denomina entonces sociedad en participación. No es una persona moral y no está sujeta a publicidad. Puede ser probada por todos los medios». En este tipo de sociedad civil sin personalidad jurídica, según el artículo 1.872, «frente a terceros, cualquier socio permanece propietario de los bienes que haya puesto a disposición de la sociedad» aunque se reputan «indivisos entre los asociados los bienes adquiridos por empleo o reemplazo de dinero indiviso durante la duración de la sociedad».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

dades y la publicación de la constitución de la sociedad en el Boletín oficial de anuncios civiles y comerciales<sup>42</sup>. Frente al sistema original del Code que exigía la forma escrita del contrato de sociedad sólo con fines probatorios, al instaurarse con la ley de 1978 un sistema de publicidad obligatoria para las sociedades civiles al que va ligado el reconocimiento de su personalidad, es necesario que el negocio constitutivo conste por escrito<sup>43</sup>. La omisión de dicha forma, en la medida que impide el acceso del acto constitutivo al registro, ocasiona la falta de personalidad jurídica de la sociedad<sup>44</sup>. No obstante, la ley de 1978 establece la llamada «acción de regularización» –creada por la ley de 1966 de reforma del C.com. para las sociedades mercantiles– que permite subsanar los defectos formales existentes en el acto de constitución de la sociedad (art. 1.839 C.c.)<sup>45</sup>.

### 2. Derecho italiano

#### A) CÓDIGO CIVIL DE 1865

El artículo 1.696 C.c. de 1865 definía el contrato de sociedad civil como aquel «por el que dos o más personas convienen poner algo en común a fin de dividir las ganancias que puedan obtenerse». Mientras que en el Código de comercio se reconocía expresamente la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, no existía una disposición similar en el Código civil por lo que la mayoría de los autores negaba dicha personalidad a la sociedad civil<sup>46</sup>. El contrato de sociedad

---

<sup>42</sup> LAGARDE, voz «Società civile» en *Encyclopédie Dalloz*, t. VIII, 2.ª ed., París, 1991, pp. 5, 6; RODIÉRE, *Droit commercial, groupements commerciaux*, 10.ª ed. par Rodière et Oppetit, París, 1980, p. 45.

<sup>43</sup> El nuevo artículo 1.835 establece la regla general aplicable tanto a las sociedades civiles como comerciales (salvo la sociedad en participación) de que «los estatutos deben ser establecidos por escrito» enumerando además las menciones que obligatoriamente deben contener. Según LAGARDE, ob. cit., p. 5, las partes pueden optar entre el documento público o privado, pero cuando existen aportaciones de bienes inmuebles, como para la eficacia frente a terceros de la transmisión es necesaria la transcripción en el Registro, es preferible la escritura pública ya que, de otro modo, para realizar la transcripción será necesario depositar previamente ante notario el documento privado.

<sup>44</sup> LAGARDE, ob. cit., p. 5.

<sup>45</sup> Dice el nuevo artículo 1.839 C.c.: «Si los estatutos no contienen todas las enunciaciones exigidas por la legislación o si una formalidad prescrita por ella para la constitución de la sociedad ha sido omitida o irregularmente cumplida, todo interesado está legitimado para demandar judicialmente que sea ordenado bajo *astreinte* su cumplimiento, la regularización de la constitución. El Ministerio Público está habilitado para actuar con la misma finalidad. Las mismas reglas son aplicables en caso de modificación de los estatutos».

<sup>46</sup> RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, t. IX, *Dei contratti in specie*, Torino, 1883, p. 8; BATTISTA, *Del contratto di società e del mandato* en *Il Diritto civile italiano* dirigido por Fiore e Brugi, parte dodicesima, Napoli-Torino, 1920, pp. 108 y ss.; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, trad. de la 4.ª ed. italiana anotada y concordada por Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, t. I, Madrid, 1979, p. 521.

daba lugar a la constitución de una comunidad de bienes formada con los aportados<sup>47</sup>.

Por lo que respecta a la forma del contrato de sociedad, como regla general no era necesaria ninguna forma específica<sup>48</sup>. No obstante, como la constitución de la comunidad de bienes tenía lugar como consecuencia del contrato (en virtud del sistema de transmisión consensual de derechos reales), cuando las aportaciones («quoad dominium») de los socios tenían como objeto derechos reales sobre bienes inmuebles se aplicaban las reglas de forma correspondientes a los actos constitutivos o traslativos de éstos<sup>49</sup> al contrato de sociedad que debía constar por escrito bajo pena de nulidad<sup>50</sup>. Si se aportaban bienes inmuebles en uso y disfrute por un tiempo indeterminado o superior a nueve años también era necesario, para la validez del contrato, que se celebrara por escrito<sup>51</sup>.

#### B) CÓDIGO CIVIL DE 1942

El Código italiano de 1942 ha creado la figura de la sociedad simple que se concibe como el tipo genérico de sociedad y viene a identificarse con la antigua sociedad civil<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> La propiedad de los bienes pertenecía en común a los socios, los débitos y créditos de la sociedad eran deudas y créditos de los socios y no se reconocía a la sociedad legitimación para actuar en juicio como ente independiente. RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, t. IX, Torino, 1883, p. 8; BATTISTA, ob. cit., p. 122; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto italiano*, t. V, 2.ª, *Dei singoli rapporti obbligatori*, Torino, 1927, pp. 230 y ss.; VENZI, *Manuale di Diritto civile italiano*, 4.ª ed., Torino, 1929, p. 525.

<sup>48</sup> Se aplicaban, no obstante, las normas generales en materia de prueba de manera que no se admitía la prueba testimonial para las convenciones relativas a la constitución de una sociedad de valor superior a 500 liras (vid. cap. I, apart. II, 2, A). RICCI, ob. cit., p. 10; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., pp. 219, 228.

<sup>49</sup> La puesta en común de los bienes aportados se consideraba un acto traslativo. En este sentido señala RICCI, ob. cit., p. 12, que cuando se ponen en comunidad los bienes pertenecientes individualmente a los socios dejan de pertenecer exclusivamente al primitivo propietario, deviniendo propiedad de todos los socios. El socio ya propietario permanece siendo copropietario de una cuota del bien pero las restantes cuotas se adquieren por los demás socios, produciéndose una verdadera transmisión de la propiedad inmobiliaria.

<sup>50</sup> El artículo 1.314 exigía bajo pena de nulidad la redacción en escritura pública o privada de las convenciones que transfiriesen la propiedad de bienes inmuebles y, en general, de las traslativas o constitutivas de derechos reales (vid. cap. I, apart. II, 2, A). PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., pp. 220, 227; BATTISTA, ob. cit., p. 76; VENZI, ob. cit., p. 526.

<sup>51</sup> El artículo 1.314.5 exigía expresamente la forma escrita para «los contratos de sociedad que tienen por objeto el goce de bienes inmuebles, cuando la duración de la sociedad es indeterminada o excede de nueve años».

<sup>52</sup> Según el artículo 2.249.1 C.c. las sociedades que tengan por objeto una actividad comercial habrán de constituirse necesariamente según uno de los tipos propios de las sociedades comerciales. Entran en la categoría de la sociedad simple y se regularán por las disposiciones propias de ésta todas las sociedades que tengan por objeto el ejercicio de una actividad distinta de la comercial, a no ser que los socios hayan querido constituir la sociedad según uno de los tipos indicados para las comerciales. TRABUCCHI, *Istituzioni de Diritto civile*, vol. I, trad. por Martínez Calcerrada, Madrid, 1967, p. 359.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

La sociedad simple carece de personalidad jurídica<sup>53</sup>. Los bienes aportados por los socios forman un fondo común vinculado al fin social<sup>54</sup>. De acuerdo con la regla de transmisión de derechos reales por el consentimiento, los bienes se transfieren del patrimonio de los socios al de la sociedad (en rigor, al patrimonio común de aquellos) por el solo efecto del contrato<sup>55</sup>.

El contrato de sociedad simple puede constar en cualquier forma (art. 2.251 C.c.) —puede resultar de un acuerdo verbal o incluso de un comportamiento concluyente— a no ser que sea necesaria una forma específica en virtud de la naturaleza de los bienes conferidos<sup>56</sup>. Así ocurre si se aportan bienes inmuebles o derechos reales sobre bienes inmuebles en propiedad<sup>57</sup> o si se aporta el uso y disfrute de bienes inmuebles —o derechos reales inmobiliarios— por período superior a nueve años o por tiempo indeterminado<sup>58</sup>. Ahora bien, en estos casos se considera que la escritura pública o privada es requerida para la validez de la aportación, es decir, como condición para que la cosa o el derecho de usufructo pueda entrar en el patrimonio de la sociedad, pero no para la validez del negocio constitutivo de la sociedad<sup>59</sup>. En consecuencia, el contrato de sociedad con aportación de inmuebles (en propiedad o en goce por el tiempo indicado) aun cuando falte la forma escrita, se considera válido en cuanto vínculo obligatorio que liga a los socios, siempre y cuando la aportación no fuese un elemento esencial para la realización de la finalidad del contrato<sup>60</sup>.

---

<sup>53</sup> En el nuevo Código se distingue entre las denominadas sociedades de personas («società di persone») y las sociedades de capital («società di capitali»). La primera expresión se usa para referirse a la sociedad simple, la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita simple. Ninguno de estos tres tipos tiene personalidad jurídica. Sí tienen personalidad jurídica las sociedades de capital, esto es, todas aquellas que se estructuran como sociedades por acciones. Vid. GALGANO, *Diritto privato*, 5.ª ed., Padova, 1988, pp. 563 y ss.; TRABUCCHI, ob. cit., pp. 360, 362, 367 y ss.

<sup>54</sup> Se dice que la vinculación del patrimonio al fin social y la preferencia que ostentan los acreedores sociales sobre los particulares de los socios dota al patrimonio social de una cierta autonomía aunque no pertenezca a un sujeto independiente de los socios. TRABUCCHI, ob. cit., p. 361 y p. 362, texto y nota 10; GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 649.

<sup>55</sup> GALGANO, voz «Società» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XLII, p. 870. Señala este autor que la aportación de bienes en propiedad («quoad dominium») equivale a una transferencia de la propiedad.

<sup>56</sup> FERRI, *Le società*, en *Trattato di Diritto civile italiano* dirigido por Vasalli, t. X, vol. 3.º, Torino, 1971, p. 71; GALGANO, voz «Società», cit., p. 870.

<sup>57</sup> Así se deduce del artículo 1.350 que exige, bajo pena de nulidad, que consten por escrito (documento público o privado) los contratos que transmitan la propiedad de bienes inmuebles y, en general, los traslativos y constitutivos de derechos reales sobre inmuebles (vid. *supra*, cap. I, apartado II, 2, B).

<sup>58</sup> El artículo 1.350.9 exige la documentación para «los contratos de sociedad o de asociación en los cuales se confiere el goce de bienes inmuebles o de otros derechos reales inmobiliarios por un tiempo superior a nueve años o por un tiempo indeterminado».

<sup>59</sup> FERRI, ob. cit., p. 71; BRUNETTI, *Trattato dei Diritto della società*, t. I, Parte general, società personali, Milano, 1948, pp. 193, 194.

<sup>60</sup> CIAN y TRABUCCHI, *Comentario breve al Codice civile, Complemento Giurisprudenziale*, Padova, 1989, p. 187; BRUNETTI, ob. cit., p. 194.

### 3. Derecho alemán

El parágrafo 705 del B.G.B. define el contrato de sociedad como aquel por el que «se obligan los socios recíprocamente a procurar la consecución de un fin común en la forma determinada en el contrato, en especial a realizar las aportaciones». En el Derecho alemán la sociedad civil carece de personalidad jurídica, no generando el contrato de sociedad más que una relación obligatoria entre los intervinientes. Con las aportaciones de los socios se construye una comunidad de bienes que se configura como comunidad en mano común («Gesamthandsgemeinschaft»)<sup>61</sup>. Ahora bien, como en el Derecho alemán existe una radical diferenciación entre los negocios dispositivos y los obligacionales y el contrato de sociedad pertenece a estos últimos, los bienes aportados por los socios no pasan a formar parte del patrimonio común sino mediante el correspondiente negocio dispositivo de transmisión.

El contrato de sociedad, en principio, puede celebrarse en cualquier forma, incluso tácitamente, como sucede en los casos en que de las relaciones de colaboración entabladas entre determinados sujetos es posible deducir la voluntad de vincularse mediante un contrato de sociedad<sup>62</sup>. No obstante, si el contrato de sociedad contiene una promesa de prestación («Leistungsversprechen») que está sujeta a forma, debe revestir dicha forma todo el contrato por constituir éste una unidad<sup>63</sup>. Ello significa que cuando alguno de los socios se obliga a aportar una finca en propiedad, como según el parágrafo 313 B.G.B. el contrato por el que uno se obliga a transmitir la propiedad de una finca debe realizarse en forma notarial, el contrato de sociedad ha de celebrarse también en esta forma. Lo mismo sucede cuando cualquiera de los socios se obliga a constituir un usufructo sobre la totalidad o una parte de su patrimonio o a poner en común todo su patrimonio<sup>64</sup>. La omisión

<sup>61</sup> ENNECCERUS-LEHMANN, *Tratado de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, 2.ª parte, traducción española anotada por Pérez y Alguer, 3.ª ed. adaptada por Ferrandis Vilella, Barcelona, 1966, p. 690, señala como consecuencia de la existencia de una comunidad en mano común que «el socio individual no puede disponer de su cuota en el patrimonio ni de las partes singulares del mismo, no puede exigir la división, y la ejecución forzosa de este patrimonio sólo es posible sobre la base de un título ejecutivo contra todos los socios».

<sup>62</sup> La doctrina indica que como criterio para determinar si las relaciones de cooperación entre determinados sujetos implican su voluntad de unirse mediante un contrato de sociedad civil hay que tener en cuenta no sólo la concordancia de los intereses económicos entre los participantes sino también los usos del tráfico. ULMER, «Comentario a los parágrafos 705-740 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, Band 3, 2. Halband, München, 1980, p. 246; KESSLER, «Comentario a los parágrafos 705-740 B.G.B.», en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, t. II, 12.ª ed., Berlín 1980, p. 356.

<sup>63</sup> HUECK, *Gesellschaftsrecht, ein Studienbuch*, 19.ª ed., München, 1991, p. 49; KESSLER, ob. cit., p. 356. Este autor dice que también si el contrato de sociedad está unido de modo inseparable a otro contrato y éste tiene carácter formal, el contrato de sociedad debe adoptar la misma forma.

<sup>64</sup> El parágrafo 311 B.G.B. dice que «un contrato por el cual una parte se obliga a transmitir o a gravar con un usufructo su patrimonio presente o una cuota del mismo necesita la documentación notarial».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

de la forma en estos casos requerida ocasiona en principio la nulidad de todo el contrato de sociedad y no sólo de la promesa de prestación (parágrafo 125 B.G.B.<sup>65</sup>). No obstante, se admite la nulidad parcial del negocio cuando la aportación no es de significado esencial para el desenvolvimiento de la sociedad en cuyo caso se considera ineficaz sólo la parte del negocio relativa a la promesa de prestación sujeta a forma<sup>66</sup>. Hay que tener en cuenta además que, con independencia de que sea posible estimar la nulidad parcial y no total del contrato de sociedad, de acuerdo con las reglas generales la ejecución de la aportación prometida puede determinar la convalidación («Heilung») del negocio nulo por falta de forma<sup>67</sup>.

### III. LA FORMA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL. LA TESIS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU CRÍTICA

El artículo 1.667 del C.c. español tras declarar, de acuerdo con el principio general establecido en el artículo 1.278, que la sociedad civil puede constituirse en cualquier forma, exige la documentación en escritura pública para los contratos de sociedad con aportación de inmuebles o derechos reales. No impone, sin embargo, ninguna sanción para el caso de inobservancia de tal requisito.

Aunque el precepto habla de aportación de «bienes inmuebles o derechos reales» la doctrina entiende que se refiere a derechos reales recayentes sobre bienes inmuebles y no a derechos reales recayentes sobre cualquier tipo de bien porque en tal caso la excepción se convertiría en regla. En la medida que los derechos reales que recaen sobre inmuebles tie-

---

Si la aportación de un socio consiste en acciones de una sociedad de responsabilidad limitada («Gesellschaft mit beschränkter Haftung» o GmbH) también debe celebrarse en forma pública el contrato de sociedad pues tal forma es necesaria para la enajenación de aquellas acciones (parágrafo 15 GmbHG).

No se requiere sin embargo la forma pública para el contrato de sociedad que tenga como objeto social la adquisición de alguna finca en copropiedad por considerarse que la transmisión no es contenido del contrato de sociedad sino consecuencia de éste y por ser necesario que los socios emitan un posterior consentimiento para la adquisición del bien lo que hace innecesaria la prescripción formal del parágrafo 313 B.G.B. cuyo fundamento se encuentra en la necesidad de proteger a los contratantes contra la precipitación. ULMER, ob. cit., p. 249; KESSLER, ob. cit., p. 357, HUECK, ob. cit., pp. 49, 50; ENNECCERUS-LEHMANN, p. 677.

<sup>65</sup> El parágrafo 125 del B.G.B. dispone que «un negocio que carece de la forma prescrita en la ley es nulo». *Supra*, cap. I, apart. II, 3.

<sup>66</sup> ULMER, ob. cit., p. 252. El parágrafo 139 B.G.B. dice: «Si una parte de un negocio jurídico es nula, es nulo todo el negocio jurídico si no ha de entenderse que sería celebrado sin la parte nula».

<sup>67</sup> Así ocurre en el supuesto del contrato de sociedad en que un socio se obliga a aportar la propiedad de una finca y que resulta nulo por falta de forma. Dicho contrato puede ser convalidado por la ejecución de tal prestación —mediante el correspondiente negocio dispositivo de transmisión de la finca seguido de la inscripción registral— ya que el parágrafo 313 B.G.B. dice en su párrafo segundo que «un contrato concluido sin la observancia de esta forma (la notarial) es válido según todo su contenido si se realizan la *Auflassung* y la inscripción en el Registro». KESSLER, ob. cit., p. 356; HUECK, ob. cit., p. 49.



nen la consideración de bienes inmuebles (art. 344.10 C.c.), la segunda expresión queda, en realidad, englobada dentro de la primera<sup>68</sup>. Ha de tratarse además de una aportación en propiedad («quoad dominium») es decir, ha de transferirse la propiedad del bien o la titularidad del derecho real en cuestión. La apreciación es importante porque conviene no confundir la aportación de un bien inmueble para su uso (aportación «quoad usum») con la aportación «quoad dominium» de un derecho real de goce recayente sobre dicho bien<sup>69</sup>.

A la vista del artículo 1.667 C.c. caben dos interpretaciones: estimar que la exigencia de escritura pública que prevé no tiene distinto significado que la contenida en el artículo 1.280.1 C.c. para los contratos que tengan por objeto la constitución o transmisión de derechos reales sobre inmuebles<sup>70</sup>, o por el contrario, que el artículo 1.667 constituye una excepción a las reglas generales que se deducen de los artículos 1.278 y ss. del C.c. e impone la escritura pública como forma «ad solemnitatem» del contrato. En apoyo de esta última interpretación se aduce que si el Código hubiese creído simplemente aplicable el criterio del artículo 1.280 la repetición sería ociosa, y que, aunque el artículo 1.667 no sancione la inobservancia de la forma pública con la nulidad del contrato, esta consecuencia podría sustentarse en el artículo 1.668 C.c. que establece la nulidad del contrato de sociedad en caso de falta de inventario<sup>71</sup>.

El Tribunal Supremo, sin embargo, ha venido afirmando reiteradamente que el contrato de sociedad con aportación de inmuebles es, conforme al artículo 1.278 C.c.,

<sup>68</sup> CAPILLA RONCERO, «Comentario a los artículos 1.665 a 1.708 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. XXI, vol. 1.º, Madrid, 1986, p. 29; PAZ-ARES, «Comentario a los artículos 1.665 a 1.708 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 1346.

<sup>69</sup> ROCA SASTRE, «Naturaleza jurídica de la aportación social», en *RGLJ*, t. XI, 1946, p. 451. Sobre el título de las aportaciones, vid. CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, Bolonia, 1984, pp. 85 y ss.; PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1415, 1416.

<sup>70</sup> Así lo entiende MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. XI, 6.ª ed. rev. por Bloch, Madrid, 1972, p. 403, quien afirma que el artículo 1.667 no hace otra cosa que poner en armonía la libertad de forma establecida en el Código, con el artículo 1.280.1 y las prescripciones de la Ley Hipotecaria.

<sup>71</sup> SCAEVOLA-CASTÁN, «Del contrato de sociedad», cit., pp. 766 y ss. Este autor apoya además su opinión en los antecedentes históricos. En el artículo 1.003 del Proyecto en cuyo n.º 3 se regulaba la forma del contrato de sociedad, se exigía la forma con carácter «ad solemnitatem», dice este autor. En cambio, en el artículo 1.293 del Anteproyecto que relacionaba los contratos que debían constar en escritura pública pero sin que ésta tuviese ya carácter sustancial, desapareció toda mención referente al contrato de sociedad, incluyéndose por el contrario un precepto específico en el título correspondiente a la sociedad. De esta modificación deduce CASTÁN que la forma del negocio constitutivo de sociedad con aportación de inmuebles tiene carácter solemne. Sin perjuicio de desarrollar con posterioridad nuestra opinión acerca del significado del artículo 1.667 C.c., hay que decir aquí que el punto de partida de esta argumentación es erróneo ya que el artículo 1.003.3 del Proyecto no exigía la forma pública para el contrato de sociedad como requisito «ad substantiam» (vid. *supra*, cap. I, apart. III, 1, C).

CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, cit., pp. 100, 104, aunque estima acertada la interpretación de CASTÁN, considera preferible en un «juicio de conveniencia», entender que el contrato de sociedad no supone una quiebra del régimen general respecto a la forma. Vid. también, CAPILLA, *Comentarios*, cit., pp. 32 y ss.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

válido entre los contratantes cualquiera que sea su forma, verbal o escrita pudiendo las partes compelerse al otorgamiento de escritura pública ex artículo 1.279. Entiende, no obstante, el Tribunal Supremo, que aunque la omisión de la forma pública no ocasione la nulidad del contrato, que es obligatorio entre los socios, impide que la sociedad adquiera personalidad jurídica. Aplica a la sociedad con aportación de inmuebles cuyo contrato constitutivo no consta en escritura pública el artículo 1.669 C.c., que niega personalidad jurídica a las sociedades cuyos pactos «se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros», y la califica frecuentemente como «sociedad irregular» o «sociedad de hecho»<sup>72</sup>. La mayoría de los autores se limita a constatar la opinión jurisprudencial<sup>73</sup> sin dar mayores explicaciones o mostrándose de acuerdo con ella<sup>74</sup>, calificándose por ciertos sectores doctrinales como «irregular» a la sociedad con aportación de inmuebles cuyo negocio de constitución no reviste la forma prescrita en el artículo 1.667 C.c.<sup>75 76</sup>.

<sup>72</sup> Cfr. Sentencias de 2 de diciembre de 1902; 7 de febrero de 1905; 11 de mayo de 1922; 25 de octubre de 1926; 15 de octubre de 1940; 16 de abril de 1942; 14 de febrero de 1945; 12 de junio de 1950; 28 de junio de 1950; 10 de noviembre de 1978; 12 de junio de 1981; 9 de octubre de 1987; 18 de octubre de 1989; 25 de junio de 1991; 6 de noviembre de 1991; 8 de marzo de 1995, etc.

<sup>73</sup> Algunos autores sólo lo hacen en lo que respecta a la eficacia obligatoria del contrato no documentado en escritura pública sin hacer referencia a la falta de personalidad jurídica de la sociedad así constituida. DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, p. 284; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.ª ed., Madrid, 1992, p. 523.

<sup>74</sup> DE LOS MOZOS, «La forma del negocio jurídico», en *ADC*, 1968, p. 765; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho civil español*, t. I, Parte general, 2.ª ed. rev., Pamplona, 1972, pp. 722, 723; SANTOS BRIZ, *Derecho civil teoría y práctica*, t. IV, *Derecho de obligaciones, los contratos en particular*, Madrid, 1975, pp. 86, 487; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *Doctrina general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1978, p. 169; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil II*, vol. 3.º, *Contratos y cuasicontratos*, 2.ª ed., Barcelona, 1986, p. 399, nota 6, p. 405; ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*, 8.ª ed., Barcelona, 1989, pp. 324, 325.

<sup>75</sup> Así, ORTEGA PARDO, «La sociedad civil irregular», en *ADC* 1951, pp. 312 y ss. Para este autor toda sociedad, independientemente de su carácter civil o mercantil, que no cumpla alguna de las formalidades —incluida la forma negocial— prescritas por la ley para su constitución, debe considerarse irregular.

COSSIO, COSSIO y LEÓN-CASTRO, *Instituciones de Derecho civil, parte general, obligaciones y contratos*, Madrid, 1991, p. 612, dicen, en relación a lo dispuesto en los artículos 1.667 y 1.668 C.c., que «la omisión de las formalidades atinentes a la sociedad determinará la existencia de una *sociedad irregular, carente de personalidad jurídica*». Añaden, no obstante, que cualquiera de los socios podrá exigir de los demás «el cumplimiento de tales formalidades con el otorgamiento ulterior de las correspondientes escrituras públicas de conformidad con el artículo 1.278. Es decir que podrá el acuerdo no formalizado, de una parte, fundar una comunidad de bienes entre las partes, y de otra, valer como promesa de sociedad, que permitirá a cualquiera de los interesados exigir el otorgamiento de los documentos públicos necesarios para su total constitución».

LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 398 dice que «carecen de personalidad jurídica no sólo las sociedades mencionadas en el artículo 1.669, sino *todas aquellas cuyos defectos formales les impiden alcanzar la plenitud de efectos*. Se suelen denominar *sociedades irregulares* o de hecho». (El subrayado es nuestro).

<sup>76</sup> CAPILLA, *Comentarios*, cit., pp. 35 y ss., propone una interpretación diversa. Partiendo de la afirmación jurisprudencial de que las consecuencias de la omisión de la escritura pública se manifiestan en las relaciones de la sociedad con terceros, indica que si se interpreta el artículo 1.667 C.c. junto con el 1.218,

La opinión que niega la personalidad jurídica a la sociedad con aportación de inmuebles en que el contrato constitutivo no consta en escritura pública, no encuentra, sin embargo, ningún apoyo legal. El artículo 1.669 C.c., que la jurisprudencia considera aplicable a esta hipótesis, no dice que si el contrato de sociedad adolece de defectos formales la sociedad así constituida carecerá de personalidad jurídica. Es más, como ya se ha hecho notar con anterioridad, el artículo 1.667 C.c. estaba pensado para una sociedad sin personalidad por lo que la consecuencia de la falta de documentación del contrato no puede ser el impedir el nacimiento de un organismo independiente de los socios. La tesis de la jurisprudencia involucra cuestiones como la personalidad jurídica de la sociedad civil o el carácter «irregular» de dicha sociedad que, como veremos, no tienen nada que ver con la forma del negocio constitutivo. Vamos a analizar ambas cuestiones por separado.

#### A) LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CIVIL

El artículo 1.669 C.c. dispone: «No tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedad se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes.» A primera vista puede pensarse que la opinión jurisprudencial que hace depender del otorgamiento de escritura pública la adquisición de la personalidad por las sociedades con aportación de inmuebles puede justificarse si se interpreta que la falta de escritura pública determina el desconocimiento por parte de los terceros de la existencia de la sociedad<sup>77</sup>. Es indudable, sin embargo, y así se ha hecho notar por la doctrina, que la escritura pública, si bien tiene una cierta función de publicidad y es requisito de oponibilidad

---

puede pensarse que la escritura pública es requisito de oponibilidad del acto de aportación de inmuebles que deriva del contrato de sociedad. Frente a terceros –dice– no puede hacerse valer la aportación de inmuebles si el contrato no se documenta en escritura pública; tales terceros no son cualesquiera que tengan interés en el contrato de sociedad, sino solamente los terceros adquirentes.

GAVIDIA, «Comentario a la Sentencia de 26 de abril de 1988», en *CCJC*, 1988, n.º 17, pp. 443, 444, parece aceptar esta opinión.

Entre los mercantilistas, VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I, 2.ª ed., Barcelona, 1986, p. 196, dice que el consentimiento para la constitución de la sociedad, tanto civil como mercantil, puede manifestarse de cualquier forma salvo si se aportan bienes inmuebles o derechos reales en cuyo caso será necesaria la escritura pública, además del inventario firmado por las partes, «bien entendido que tan sólo para que las aportaciones surtan efectos frente a terceros, y no como requisito entre los socios fundadores».

<sup>77</sup> Así parece entenderlo LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 398, quien, tras indicar que son sociedades irregulares o de hecho y carecen de personalidad jurídica aquellas cuyos defectos formales les impiden alcanzar la plenitud de efectos, añade que es sociedad irregular aquella «cuyas circunstancias se mantienen secretas y faltas de escrituración». (El subrayado es nuestro.)

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

de la realización de ciertos actos, no facilita el conocimiento general de la existencia del vínculo social<sup>78</sup>.

La interpretación más generalizada del artículo 1.669 estima que este precepto requiere para la personalidad jurídica de la sociedad civil una publicidad *de hecho*<sup>79</sup>. Es claro que el simple hecho de que cualquiera de los socios contrate en su propio nombre no determina la falta de personalidad de la sociedad pues esta hipótesis está prevista en el artículo 1.698 y sólo tiene como consecuencia el que la sociedad no quede obligada respecto del tercero<sup>80</sup>. Se piensa por eso que cuando el artículo 1.669.1 habla de sociedades cuyos pactos permanecen secretos entre los socios y en las que los socios contratan en su propio nombre se está refiriendo a aquellas sociedades en que los socios contratan *habitualmente* en nombre propio con los terceros, sin dar a conocer a éstos la existencia de la sociedad y sin que los pactos sociales sean eficaces más que entre los socios. La *publicidad de hecho* requerida es la relativa a la actividad de la sociedad como organismo independiente de los socios. Lo que determina la personalidad jurídica de la sociedad no es el mero conocimiento por los terceros de la existencia del vínculo social<sup>81</sup>, sino el que la sociedad actúe en el tráfico como entidad colectiva, como sujeto de derecho<sup>82</sup>. Debe tenerse en cuenta que el contrato de sociedad tiene una doble vertiente, obligatoria y organizativa: puede dar lugar a una mera relación obligatoria o a un organismo independiente de los socios. Cuando la sociedad se estructura como un mero vínculo entre los socios, estamos ante una sociedad interna, carente de personalidad jurídica. Cuando el contrato de sociedad tiene como fin instaurar una organización dirigida a entablar relaciones con terceros, estamos ante una sociedad externa, que tiene personalidad jurídica<sup>83</sup>. La sociedad a que se refiere el

---

<sup>78</sup> CAPILLA, *Comentarios*, cit., p. 54. GAVIDIA, ob. cit., p. 443. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 519, nota 3.

<sup>79</sup> DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pp. 84, 85, mantiene otra opinión. Entiende que la publicidad del artículo 1.669 no puede ser otra que la inscripción en el Registro mercantil. Por consiguiente, las sociedades civiles que pueden adquirir personalidad no son otras que las que adoptan alguna de las formas reconocidas en el C.com. Con anterioridad sostuvo la misma opinión FALCÓN, *Derecho civil español común y foral*, t. IV, 6.ª ed., Barcelona, 1902, p. 298.

<sup>80</sup> Como advierten DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 519, la contratación en nombre propio (y por cuenta ajena) es una de las formas de actuar del representante.

<sup>81</sup> SCAEVOLA-CASTÁN, «Del contrato de sociedad», cit., pp. 779, 780, parece considerar que basta que los terceros conozcan la existencia de la sociedad para que ésta tenga personalidad jurídica.

<sup>82</sup> PÉREZ y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones* de Enneccerus, vol. 2.º, 2.ª parte, cit., pp. 688, 689; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, cit., p. 495; CAPILLA, *La sociedad civil*, cit., pp. 396, 397; también, en *Comentarios*, cit., p. 55; BADÍA SALILLAS, «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español», en *RCDI*, 1986, pp. 324, 325.

<sup>83</sup> PAZ-ARES, ob. cit., p. 1353.

artículo 1.669 C.c. es aquella sociedad que se estructura como mera relación obligatoria entre los socios y que es, por tanto, una sociedad interna<sup>84</sup>. El que dicha sociedad interna sea *manifiesta*<sup>85</sup>, es decir, el hecho de que los terceros conozcan que existe un contrato de sociedad –en cuanto vínculo obligatorio– que liga a determinados sujetos, no determina el reconocimiento de personalidad jurídica a esta sociedad. Ello sólo ocurre cuando la misma actúa *organizadamente* en el tráfico de manera que la sociedad, como ente, es término personal en los contratos celebrados con terceros, esto es, cuando se trate de una sociedad externa<sup>86</sup>. Hay que señalar, en cualquier caso, que la estructuración de la sociedad como sociedad interna no excluye la posibilidad de que se mantengan relaciones con terceros, lo que excluye es que, en caso de mantenerlas, la sociedad vaya a actuar como sujeto de derecho<sup>87</sup>. Es posible que cualquiera de los socios entable relaciones con terce-

---

<sup>84</sup> PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1360, 1361; FARIAS BATLLE, *La sociedad irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1993, pp. 32, 34.

<sup>85</sup> PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1358, 1360, observa que el conocimiento por los terceros de la existencia de la sociedad sirve para diferenciar la *sociedad oculta* de la *sociedad manifiesta*. La sociedad oculta es una sociedad desconocida para los terceros pero este dato es independiente de la estructuración de la sociedad como externa o interna. Puede haber sociedades internas manifiestas, esto es, conocidas por todo el mundo, y sociedades externas ocultas, es decir desconocidas.

<sup>86</sup> El problema que plantea la interpretación que liga la personalidad jurídica de la sociedad a su actuación como organismo independiente de los socios es que este hecho es posterior a su constitución y, por tanto, al celebrar el contrato no es posible saber si la sociedad tiene o no personalidad jurídica (en este sentido, BADÍA SALILLAS, ob. cit., pp. 327, 328, quien contesta a este interrogante indicando que el problema «puede resolverse, en principio, entendiendo que salvo que del contrato social resulte otra voluntad de los otorgantes, la sociedad tiene *ab initio* personalidad jurídica»).

PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1357, 1358, estima que la personalidad jurídica de la sociedad no ha de determinarse en función de su efectiva participación en el tráfico como entidad independiente de los socios sino en función de que en el contrato constitutivo se prevea que la sociedad va a actuar en el tráfico como sujeto de derecho, ya que la personalidad jurídica de la sociedad es una consecuencia de la *eficacia organizativa* del contrato. La tesis de este autor, al conectar el momento de la adquisición de la personalidad jurídica con el de celebración del contrato soluciona el problema que se deriva de la personificación de la sociedad en el momento en que comienza a desarrollar su actividad, lo cual supone que hasta entonces carece de patrimonio autónomo y capacidad de obrar.

<sup>87</sup> Lo normal será, no obstante, que la sociedad se estructure como mera relación obligatoria cuando para la consecución del fin social no se considere necesario mantener habitualmente relaciones con terceros (o, al menos, no se considere necesario mantener relaciones *unificadas subjetivamente* en cabeza de la sociedad).

GARRIDO PALMA, «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», en *RDP*, 1972, pp. 768 y ss., indica que puede haber sociedades no dirigidas a obtener un beneficio directamente extraído del establecimiento de relaciones con terceros sino simplemente a obtener ventajas patrimoniales de algún tipo. Como la unión así constituida no necesita relacionarse con terceros, dice este autor, el contrato de sociedad es como tal «res inter alios acta» y no existe una persona jurídica, pero no como sanción, sino simplemente por falta de necesidad.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

ros pero se tratará de relaciones individuales de los socios y no de relaciones de la sociedad<sup>88</sup>. Por el contrario, la configuración de la sociedad como externa supone que nace con vocación de actuar organizadamente en el tráfico.

El que los terceros conozcan o no la existencia de la relación societaria –ya se configure como relación obligatoria interna ya como sociedad externa<sup>89</sup>– puede inci-

---

<sup>88</sup> PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1368, 1369.

En cuanto al régimen jurídico de la sociedad interna, el artículo 1.669.2 dispone que la sociedad que carece de personalidad jurídica «se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes». El Tribunal Supremo ha venido reiterando que la aplicación de la normativa de la comunidad de bienes se refiere al sustrato patrimonial o fondo común formado por los socios. Según afirma mayoritariamente la doctrina, la regla del artículo 1.669.2 no excluye la aplicación de las normas de la sociedad ya que ambos regímenes son compatibles, lo que hay que determinar es en qué medida han de aplicarse unas y otras. En general se entiende que la regulación de la sociedad se aplicará a las relaciones obligatorias entre los socios y la de la comunidad a las relaciones jurídico-reales (CAPILLA, *La sociedad civil*, cit., pp. 391 y ss.; MIQUEL, «Comentario al artículo 392 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pp. 39, 40; PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1371 y ss. También vid. PÉREZ y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones* de Enneccerus, 2.ª parte, cit., p. 689; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, II, 2.º, cit., p. 496; Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, II, cit., p. 520). Ahora bien, en determinados supuestos la aplicación de ambas regulaciones puede resultar contradictoria, por ej. mientras que el comunero tiene libre disponibilidad sobre su cuota y puede pedir en cualquier momento la división y extinción de la comunidad (arts. 399, 400) no ocurre así con el socio (arts. 1.680, 1.696). Se dice, por ello, que si el socio enajena su parte en la comunidad de bienes, el nuevo comunero no ingresará en la sociedad (a no ser que los demás socios lo consientan) y aquél seguirá siendo socio aunque no sea comunero. En segundo lugar, que el socio no puede pedir la división porque el contrato de sociedad le obliga a permanecer en ella a no ser que exista alguna causa que le permita disolver el vínculo. Esta última regla rige, cuando menos, entre los socios si bien es posible que cuando un tercero pueda verse afectado por la división haya de prevalecer lo establecido en el artículo 400, debiendo responder el socio (comunero) que ejercita la facultad de división de los perjuicios causados a la sociedad (MIQUEL, ob. cit., p. 40; CAPILLA, *Comentarios*, cit., p. 48, nota 23; PAZ-ARES, ob. cit., p. 1373).

Por lo que respecta a las relaciones que los socios de una sociedad interna hayan podido establecer con terceros, se afirma que cualquiera de ellos puede actuar en nombre de los demás si ostenta el correspondiente poder –en cuyo caso estará representando, no a la sociedad, sino a los restantes socios individualmente considerados (PAZ-ARES, ob. cit., p. 1477)– o en nombre propio pero por cuenta de los demás siguiendo el esquema de la representación indirecta.

Cuando el socio ha actuado en nombre de los demás hay que entender que todos los socios responden frente al tercero. Se tratará de una responsabilidad mancomunada (arg. art. 1.698.1) y directa, no subsidiaria como sería si se tratara de una sociedad con personalidad jurídica. Cuando el socio ha actuado en su propio nombre sólo él estará obligado frente al tercero. Observa PAZ-ARES (ob. cit., p. 1368) que, aunque el tercero tuviese conocimiento del vínculo social, ello no le autoriza para proceder contra aquellos socios que no estén directamente obligados. Ahora bien, si el socio actuante no cumple, relacionando el artículo 1.727.1 («el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído») con el 1.717.2 «in fine» (que, según interpreta DE CASTRO, *Temas de Derecho civil*, cit., p. 128, significa que, descubierto que la cosa o asunto es propio de otra persona «queda abierta la posibilidad de acción directa respecto al representado») podría admitirse la posibilidad de que el tercero accionara contra los demás socios y «mandantes».

<sup>89</sup> Aunque la sociedad se configure como externa es posible que en determinados casos –por ejemplo, si cualquiera de los socios contrata en su propio nombre (art. 1.698.2)– el tercero desconozca la existencia de la sociedad.

dir, con independencia de que la sociedad tenga o no personalidad jurídica, en lo que respecta a la eficacia frente a terceros (lo que DÍEZ-PICAZO denomina eficacia provocada del negocio y que se concreta en su oponibilidad y utilizabilidad<sup>90</sup>) del contrato de sociedad. La existencia de la sociedad y los concretos pactos sociales sólo son oponibles a terceros contratantes si efectivamente han tenido conocimiento de una y otros. Ahora bien, si el tercero conoce la existencia de la sociedad pero no sus pactos, aunque los convenidos contractualmente no le serán oponibles, les será oponible el régimen legal de la sociedad<sup>91</sup>. Sin embargo, cuando se trata de terceros que no han contratado con la sociedad, advierte PAZ-ARES que es indiferente que conozcan o no la existencia de la misma pues la oponibilidad del contrato está ligada a la realidad jurídica<sup>92</sup>. De la misma forma, los terceros –contratantes o no– podrán invocar la existencia del contrato social con independencia de que hubiesen tenido conocimiento de ella ya que la utilizabilidad no es un problema de publicidad sino de prueba<sup>93</sup>.

Puede decirse, en conclusión, que ni la personalidad jurídica de la sociedad ni la eficacia frente a terceros de la relación societaria están subordinadas a la celebración del contrato constitutivo en una concreta forma. Los contratantes pueden configurar la sociedad como una relación interna entre los asociados o como una organización dotada de personalidad jurídica. En el primer caso el patrimonio social será propiedad común de todos los socios. En el segundo caso existirá un patrimonio autónomo perteneciente a la sociedad como entidad independiente de los socios.

#### B) LA SOCIEDAD IRREGULAR, SUS DIFERENCIAS CON LA SOCIEDAD DE HECHO

El concepto de sociedad irregular es fundamentalmente mercantil y se ha desarrollado en torno a las sociedades colectivas y comanditarias que no cumplen las formalidades legales exigidas para su constitución<sup>94</sup>. No obstante, la jurispru-

<sup>90</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción, Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, pp. 402, 403.

<sup>91</sup> CAPILLA, *La sociedad civil*, cit., p. 394.

<sup>92</sup> Por ejemplo, al acreedor del socio que pretende embargar una cosa aportada por éste a la sociedad (que será propiedad común de los socios –sociedad interna– o pertenecerá a la entidad en cuanto persona jurídica –sociedad externa–) podrá oponérsele siempre el contrato social. PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1363, 1369.

<sup>93</sup> PAZ-ARES, ob. cit., p. 1.363.

<sup>94</sup> En el Derecho italiano anterior al Código civil de 1942 el Código de comercio exigía para las sociedades colectivas y comanditarias que el documento constitutivo se depositara en la secretaría del Tribunal de comercio transcribiéndose en el Registro de Sociedades e insertándose un anuncio en el boletín de anuncios legales (arts. 90 y 93). Las sociedades que no hubiesen cumplido tales requisitos de publicidad, siempre y cuando se hubiese manifestado externamente como tales, tenían el carácter de irregulares (SALANDRA, *La società irregolari nel Diritto vigente*, 2.ª ed., Roma, 1935, pp. 50 y ss.). Tras el Código civil de 1942 las sociedades colectivas y comanditarias no inscritas se siguen considerando sociedades irregulares (sobre las consecuencias de la irregularidad de la sociedad, vid. nota 111). Para algunos autores las sociedades de capital no pueden considerarse irregulares cuando no cumplen los

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

dencia extiende este concepto a las sociedades civiles con aportación de inmuebles cuando el contrato constitutivo no consta en escritura pública, empleando indistintamente los términos «sociedad de hecho» y «sociedad irregular» para calificar este tipo de sociedades. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que uno y otro designan distintos fenómenos.

En el Derecho francés actual es corriente distinguir entre la llamada «société de fait» y la «société créée de fait». Esta última expresión se corresponde con lo que en el antiguo Derecho francés se conocía como sociedad tácita, esto es, con todos aquellos supuestos en que la voluntad de crear la sociedad se manifiesta por hechos concluyentes<sup>95</sup>. El término «sociedad de hecho» se reserva para designar, más concretamente, todos aquellos casos en que adolece el negocio constitutivo de la sociedad de algún vicio que determina su nulidad pero no obstante la sociedad produce efectos jurídicos. La denominada «doctrina de la sociedad de hecho» fue creada por la jurisprudencia francesa para subsanar las consecuencias que, de acuerdo con las reglas generales,

---

requisitos de publicidad por ser la inscripción constitutiva. (GALGANO, *Diritto privato*, cit., pp. 694, 695, BRUNETTI, ob. cit., p. 190, 191, FERRI, ob. cit., p. 76, nota 3). Tal opinión no es, sin embargo, unánime (ROTONDI, *Instituciones de Derecho privado*, trad. y concordancias al Derecho español por Villavicencio, Barcelona, 1953, p. 452, también considera irregulares a las sociedades por acciones o de responsabilidad limitada que no cumplen los requisitos legales de publicidad. TRABUCCHI, ob. cit., p. 366 opina que si tales sociedades desarrollan su actividad en el tráfico, aunque no puedan calificarse como irregulares, el contrato producirá efectos jurídicos entre las partes y los terceros podrán invocar la existencia del vínculo social).

En el Derecho español, igualmente, se han considerado tradicionalmente sociedades irregulares las colectivas y comanditarias no inscritas que actúan en el tráfico como tales sociedades. Hasta la publicación de la nueva Ley de S.A. se entendía que las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada no podían tener el carácter de sociedades irregulares por ser la inscripción constitutiva (GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, t. I, *Parte general, Sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976, p. 231). No obstante, no podía dejarse de constatar que, aun negándose la existencia dogmática de la sociedad anónima irregular, cabe la posibilidad de que en la práctica haya sociedades que estén viviendo utilizando deliberadamente firma anónima sin inscribirse (GIRÓN, *Derecho de sociedades*, cit., p. 252). El artículo 16 de la L.S.A. regula por primera vez en nuestro Derecho la figura de la sociedad irregular y lo hace, precisamente, con referencia a la sociedad anónima, lo que, según se dice, «entraña una buena dosis de audacia desde el punto de vista político-jurídico» dado que el fenómeno mismo de la *anónima irregular* no es pacífico. (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, «La sociedad anónima irregular», en *Derecho de sociedades anónimas*, t. I, Madrid, 1991, p. 617).

En cualquier caso, debe evitarse confundir las sociedades en constitución, es decir, las existentes desde la celebración del contrato de sociedad hasta que se inscribe (art. 15 L.S.A.), con las sociedades irregulares (art. 16 L.S.A.), que no llegan a inscribirse porque los interesados no quieren que se inscriba. Una sociedad en formación puede devenir sociedad irregular desde el momento en que concurra alguno de los supuestos del mencionado artículo 16. (GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 7.ª ed. rev. con colaboración de A. Bercovitz, Madrid, 1976, pp. 342, 343; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I, 2.ª ed., Barcelona, 1986, pp. 212, 213; URÍA, *Derecho mercantil*, 17.ª ed., Madrid, 1990, pp. 162, 163; FARIAS BATLLE, ob. cit., p. 5).

<sup>95</sup> Cfr. HÉMARD, «Les sociétés de fait», en *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XI, París, 1960, pp. 148 y ss.; RODIÈRE, ob. cit., p. 53.



debían derivarse de la nulidad del negocio societario. Los Tribunales franceses se negaron a admitir que una sociedad que había venido desarrollando su actividad en el tráfico jurídico pudiera considerarse, a consecuencia de la nulidad del negocio constitutivo, como jamás existente. En otras palabras, rechazaron el que la nulidad de la sociedad pudiese tener efectos retroactivos<sup>96</sup>. En virtud de la teoría de la sociedad de hecho la causa de nulidad opera como una causa de disolución, es decir, se entiende que la sociedad declarada nula ha existido y funcionado «de hecho»<sup>97</sup> y por tanto produce todos sus efectos hasta el día en que se declara la nulidad. La sociedad nula se liquida como si hubiese sido perfectamente válida<sup>98</sup>.

También en el Derecho alemán se ha desarrollado, por obra de la jurisprudencia, la denominada «doctrina de la sociedad irregular» («Lehre de fehlerhafte Gesellschaft») creada inicialmente en relación a las sociedades mercantiles de capital que habían sido inscritas y tenían la consideración de personas jurídicas<sup>99</sup> pero cuyo negocio constitutivo adolecía de algún defecto determinante de su nulidad o anulabilidad<sup>100</sup>. En la actualidad se aplica también a las sociedades mercantiles personalistas y

<sup>96</sup> La nulidad podía resultar de un vicio general a todos los contratos, de un vicio propio del contrato de sociedad o de la inobservancia de las reglas de constitución de la sociedad. El único caso en que no se aplicaba la teoría de la sociedad de hecho a la nulidad de la sociedad era aquel en que ésta provenía de ilicitud o inmoralidad del objeto social. HÉMARD, ob. cit., pp. 131 y ss.

<sup>97</sup> Como dice LANGLE («La compañía mercantil irregular», en *Revista de Derecho mercantil*, n.º 25, 1950, p. 12): «sociedad de hecho es, pues, una sociedad que, adoleciendo de un vicio de nulidad ha funcionado a pesar de él durante un período de tiempo y reclama una especial disciplina. No ha alcanzado el grado de perfección suficiente para permitirle que continúe su existencia, mas como ha vivido, debe mantenerse su pasado. En suma, como no es una sociedad de derecho, lo es *de hecho*».

<sup>98</sup> Las consecuencias que se derivan de la aplicación de la teoría de la sociedad de hecho a los supuestos de nulidad de la sociedad suelen resumirse en las siguientes:

- Entre los socios se puede invocar en cualquier momento la causa de nulidad pero ésta opera para el futuro, no para el pasado.
- Los socios no pueden invocar frente a terceros la nulidad de la sociedad.
- Los terceros acreedores, tanto los de la sociedad como los acreedores personales de los socios pueden optar entre tener a la sociedad como existente a todos los efectos o, si les interesa la nulidad, accionar para que sea declarada. La declaración de nulidad, que opera para el futuro, origina la liquidación de la sociedad.

Vid. HÉMARD, ob. cit., pp. 143 y ss.; LAGARDE, ob. cit., pp. 6 y 7; GIRÓN TENA, «Las sociedades irregulares», en *ADC*, 1951, pp. 1299 y ss. y también *Derecho de sociedades*, cit., pp. 233, 260 y ss.

La Ley de 1966 de reforma del C.com. supuso la consagración legislativa de la teoría de la sociedad de hecho. Su artículo 361 dispone que la nulidad de la sociedad no puede ser opuesta a los terceros por los socios. Los vicios pueden ser reparados en tanto que la nulidad no sea declarada otorgándose a todo interesado una acción para obtener la regularización de la sociedad (art. 366). El artículo 368 de esta ley establece que la nulidad no tiene efecto retroactivo, procediéndose a la liquidación de la sociedad. Lo mismo dice el nuevo artículo 1.844, 15 C.c. RODIÉRE, ob. cit., p. 52; LAGARDE, ob. cit., p. 7.

<sup>99</sup> En el Derecho alemán las sociedades personalistas («Personengesellschaften») no tienen personalidad jurídica, ésta sólo se reconoce a las sociedades de capital («Kapitalgesellschaften»). KLAUSS y MITTELBACH, *Der Gesellschaftsvertrag in seiner zweckmässigsten Form; Gesellschaftsrecht-Steuerrecht*, 10.ª ed., Ludwigshafen (Rhein), 1980, pp. 40 y ss.

<sup>100</sup> ULMER, ob. cit., p. 315.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

a las sociedades civiles. Los presupuestos que determinan la aplicabilidad de esta construcción jurisprudencial son los siguientes:

- Existencia<sup>101</sup> de un contrato de sociedad –civil o mercantil– nulo<sup>102</sup> o anulable. Es preciso que se trate de un contrato real y no simulado<sup>103</sup>.
- Que el contrato de sociedad se haya inscrito (si se trata de sociedades de capital) o se haya puesto en práctica<sup>104</sup>.
- Que no existan intereses superiores (intereses generales o intereses de sujetos especialmente protegidos) que puedan ser contrariados por el mantenimiento de las consecuencias del negocio ineficaz<sup>105</sup>.

Mediante la doctrina de la sociedad irregular se impide que la nulidad opere con eficacia retroactiva. La nulidad o anulabilidad del negocio se reconduce al ámbito de la disolución de la sociedad y se aplica la normativa legal que regule la liquidación de la misma<sup>106</sup>.

Puede observarse que esta construcción es muy semejante a la teoría francesa de la sociedad de hecho. La teoría francesa tuvo, sin embargo, su mayor campo de aplicación en relación a las sociedades colectivas y comanditarias irregularmente constituidas, es decir, aquellas que incumplían los requisitos legales de publicidad, ya que el

---

<sup>101</sup> En la primera mitad del siglo parte de la doctrina alemana intentó encontrar la justificación dogmática de la doctrina de la sociedad irregular –que permitía considerar como eficaz una sociedad nula hasta el momento de la impugnación del negocio constitutivo– en la teoría de las relaciones contractuales de hecho («faktische Verhältnissen»). Se afirmaba que la mera colaboración de determinados sujetos constituía un comportamiento de carácter corporativo que hacía innecesaria la existencia de un negocio previo para la relevancia jurídica de la relación societaria. Con base a esta opinión se generalizó el término «sociedad de hecho» («faktische Gesellschaft») en la jurisprudencia y la doctrina. En el Derecho actual el planteamiento indicado se considera totalmente superado afirmándose que no puede existir una sociedad sin un contrato previo y que la denominada «sociedad irregular» presupone necesariamente la existencia de un negocio dirigido a su constitución si bien la voluntad de los asociados puede manifestarse mediante hechos concluyentes. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2.ª ed., München, 1991, p. 122; KESSLER, ob. cit., pp. 347, 348; ULMER, ob. cit., pp. 316, 317.

<sup>102</sup> Esta doctrina no entra en juego cuando se trata de un contrato de sociedad civil nulo por defecto de forma ya que, como se ha visto, o bien el contrato es nulo sólo parcialmente (en lo relativo a la promesa de aportación sujeta a forma) o bien la falta de forma puede ser subsanada mediante la ejecución de la prestación prometida. ULMER, ob. cit., p. 317; KESSLER, ob. cit., p. 356.

<sup>103</sup> SCHMIDT, ob. cit., p. 131.

<sup>104</sup> En principio se requería que la sociedad hubiese participado efectivamente en el tráfico jurídico. La doctrina actual estima, sin embargo, que para considerar ejecutado el contrato de sociedad basta que los socios hayan efectuado sus correspondientes aportaciones y se haya constituido el condominio, no siendo necesario que la sociedad haya mantenido relaciones con terceros. ULMER, ob. cit., p. 317; SCHMIDT, ob. cit., p. 131.

<sup>105</sup> Así ocurre cuando en el contrato de sociedad ha participado un menor de edad o un incapaz o cuando el objeto social es ilícito o contrario a las buenas costumbres. En estos casos no se aplica la doctrina de la sociedad irregular. ULMER, ob. cit., pp. 317 a 319; SCHMIDT, ob. cit., p. 133.

<sup>106</sup> Los efectos ya desenvueltos se mantienen tanto en las relaciones internas entre los asociados como en las externas. Si las aportaciones realizadas no han sufrido modificación alguna cabe la restitución «in natura». ULMER, ob. cit., pp. 321, 322.

Código de comercio sancionaba su infracción con la nulidad de la sociedad<sup>107</sup>. Se generalizó así el término «sociedad irregular» para aludir a las sociedades constituidas sin observar las formalidades prescritas legalmente. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el concepto de sociedad irregular es más restringido que el de sociedad de hecho en el sentido que originalmente tiene este último término: no designa a sociedades cuyo negocio constitutivo tiene defectos de fondo sino exclusivamente a sociedades que no se constituyen conforme a los requisitos de *publicidad* legalmente establecidos<sup>108</sup>. La utilización de la expresión «sociedad de hecho» como sinónima a la de «sociedad irregular» resulta también equívoca porque aquélla se emplea en ocasiones para hacer referencia a las sociedades constituidas tácitamente<sup>109</sup> y, si bien una sociedad tácita puede ser por ese hecho irregular, no toda sociedad irregular es una sociedad tácita o «de hecho» —en esta última acepción—<sup>110</sup>. Debe tenerse en cuenta además, que en aquellos ordenamientos como el italiano y español donde la omisión de las formalidades de publicidad no se sanciona con la nulidad de la sociedad, la «irregularidad» no determina más que una alteración del régimen jurídico aplicable a la sociedad incorrectamente constituida, el contrato de sociedad desencadena efectos diversos de los que produciría de observarse las formalidades requeridas<sup>111</sup>. En el Derecho español,

<sup>107</sup> Vid. TROPLONG, ob. cit., pp. 238 y ss.

<sup>108</sup> Dice LANGLE, ob. cit., p. 11: «Las expresiones sociedad de hecho y sociedad irregular suelen emplearse como sinónimas pero no lo son. La primera es el género y la segunda es una especie. Sus consecuencias no son idénticas. Los tratadistas franceses designan con la frase «société de fait» a la sociedad que no ha cumplido los requisitos legales de cualquier clase que sean (de fondo o de forma). En cambio, los españoles hablamos de sociedad irregular para referirnos a la que omite las formalidades constitutivas (escritura pública y registro). Para nosotros, los vicios o la ausencia de las condiciones de fondo de la sociedad (requisitos esenciales del contrato) se sitúan en el terreno de la nulidad; pero la carencia de los requisitos de forma origina la simple irregularidad». En el mismo sentido, SALANDRA, *La società irregolari*, cit., pp. 18, 23.

<sup>109</sup> En este sentido la utilizan los autores italianos, así, SALANDRA, *La società irregolari*, cit., pp. 18 y 23, dice que mientras la denominación sociedad de hecho se refiere al vínculo social que se crea entre personas a través de la repetición de varios actos sin que exista un acto constitutivo expreso, la sociedad irregular es aquella en la cual el acto constitutivo no ha sido publicado conforme a las normas legales. En el mismo sentido, DE GREGORIO, «La società irregolari ed i creditori sociali», en *Il Foro italiano*, 1943, t. 59, p. 229; TRABUCCHI, ob. cit., p. 365, nota 1; GALGANO, *Diritto privato*, cit., pp. 671, 672.

En el Derecho español, ORTEGA PARDO, ob. cit., p. 312, dice que «existe sociedad irregular cuando habiendo acto constitutivo no se cumplieron todas las formalidades prescritas en la ley para la constitución; por el contrario, en la sociedad de hecho no llegó a haber acto constitutivo».

<sup>110</sup> GALGANO, *Diritto privato*, cit., pp. 671, 672.

<sup>111</sup> En el Derecho italiano, con anterioridad al Código civil de 1942, el régimen jurídico de la sociedad irregular era el siguiente: se consideraba que la sociedad irregular existía como tal y con correspondencia con el tipo o clase de sociedad según el cual se hubiese dado a conocer y se le reconocía personalidad jurídica siempre que se hubiese manifestado exteriormente como sociedad. Los socios tenían la facultad de solicitar la regular constitución de la sociedad o la extinción de la misma, pudiendo cada socio accionar demandando la disolución de la sociedad. Además existía una responsabilidad ilimitada y solidaria de las personas que hubiesen actuado en nombre de la sociedad. (DE GREGORIO, «La società irregolari ed i creditori sociali», cit., pp. 231, 232; BRUNETTI, ob. cit., p. 190; ROTONDI, ob. cit., pp. 461, 462; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., p. 234).

El Código civil vigente dispone en su artículo 2.297 que a las sociedades no inscritas se les aplicará la normativa de la sociedad simple en cuanto a las relaciones de la sociedad con los terceros. Se establece

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

concretamente, aunque no existe unanimidad en la doctrina mercantilista acerca de las consecuencias que deben incardinarse a la irregularidad de la sociedad<sup>112</sup>, la orientación jurisprudencial predominante ha sido la de negar personalidad jurídica a las sociedades colectivas y comanditarias no inscritas<sup>113</sup>. Ello explica que se califique como

---

además que los pactos que atribuyen la representación a alguno solamente de los socios o que limitan los poderes de representación no son oponibles a terceros a menos que se pruebe que los conocían. La aplicación del régimen de la sociedad simple en las relaciones de la sociedad con terceros implica que la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales ya no es subsidiaria –como sería en el caso de correcta constitución de la sociedad– sino directa. Las acciones de los acreedores sociales frente al socio no quedan subordinadas a la preventiva excusión del patrimonio social. Además la posición de los acreedores particulares del socio también es distinta puesto que pueden exigir la liquidación de la cuota al socio deudor (art. 2.270). GALGANO, *Diritto privato*, cit., pp. 672, 673; FERRI, ob. cit., p. 77, texto y nota 6.

<sup>112</sup> GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, cit., p. 1329, 1330, y *Derecho de sociedades*, cit., pp. 239, 240, observa que, antes de las leyes sobre S.A. y S.R.L., la interpretación más generalizada en la doctrina establecía las siguientes sanciones para la irregularidad de la sociedad:

- El no perjuicio para terceros de los pactos sociales (aunque los terceros podían valerse de ellos en lo favorable) y la responsabilidad de los gestores por las consecuencias derivadas del hecho de la no inscripción. Ambas sanciones impuestas en los artículos 24 y 120 C.com.

- La falta de personalidad jurídica de la sociedad junto con la invalidez e ineficacia de los contratos celebrados por las sociedades irregulares con terceros. Estas dos últimas añadidas por la doctrina española a partir de la interpretación «a contrario» de los artículos 116 y 118 C.com.

VICENT CHULIÁ, ob. cit., p. 217, distingue tres posiciones doctrinales:

- La que mantiene que la sociedad carece de personalidad jurídica, los contratos estipulados en su nombre son nulos y de los perjuicios ocasionados a terceros contratantes responden sólo, personal y solidariamente, los gestores que estipularon los contratos.

- La que, partiendo de la falta de personalidad jurídica de la sociedad, considera necesario sostener la validez de los contratos celebrados por ésta y defiende la responsabilidad de los socios además de los gestores o estipulantes impuesta por el artículo 120 C.com.

- La de quienes afirman que el Código de comercio no impone como sanciones a la irregularidad la falta de personalidad jurídica ni la nulidad de los contratos estipulados con terceros, sino sólo la inoponibilidad de los pactos sociales a los terceros por no hallarse inscritos en el R. M. (art. 24 C.com.) y la responsabilidad de los gestores añadida a la de los socios, que responderán como socios colectivos cualquiera que fuese su condición según la escritura (más ampliamente, vid. FARIAS BATLLE, ob. cit., pp. 9-22).

En la actualidad el artículo 16 de la L.S.A., si bien prevé que, verificada la voluntad de no inscribir la sociedad o pasado un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se solicite la inscripción, cualquier socio podrá instar la disolución de la sociedad, prescribe, para el supuesto en que la sociedad haya iniciado o continúe operaciones ya iniciadas, la aplicación de las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, de la sociedad civil. Es decir, cuando la sociedad –que pretendía ser anónima– comienza a actuar en el tráfico pese a la falta de inscripción, sus relaciones con los terceros estarán regidas por las normas de la sociedad colectiva o de la sociedad civil dependiendo de la actividad que constituya su objeto social. Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, ob. cit., pp. 639 y ss.

<sup>113</sup> GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., pp. 240 y ss. distinguía tres sucesivas orientaciones en cuanto a la posición del tribunal Supremo en esta materia: la que entiende que las formalidades de constitución de la sociedad tienen carácter constitutivo, la que las considera elementos determinantes de la mercantilidad de la sociedad y, como última tendencia, la que reconoce la validez interna de las sociedades irregularmente constituidas afirmándose, sin embargo, su falta de personalidad jurídica. FARIAS BATLLE, ob. cit., pp. 30 y ss., hace un estudio de la jurisprudencia entre 1970 y 1992.

«irregulares» a las sociedades civiles con aportación de inmuebles cuyo contrato constitutivo no consta en escritura pública puesto que, según el Tribunal Supremo, carecen de personalidad jurídica.

Tal calificación carece, sin embargo, de fundamento:

– En primer lugar, porque no cabe sancionar la omisión de la forma requerida en el artículo 1.667 C.c. para el contrato de sociedad con aportación de inmuebles con la falta de personalidad jurídica de la sociedad así constituida –y considerar ello una consecuencia de su «irregular constitución»– ya que, como se ha visto, la personalidad de la sociedad civil es una cuestión que depende del carácter interno o externo con que se estructure la sociedad y no de la forma en que se exteriorice la voluntad negocial.

– En segundo lugar porque es también dudoso que la «irregularidad» de las sociedades mercantiles determine su falta de personalidad jurídica puesto que, como hacen notar algunos autores, tal consecuencia perjudica a aquellos a quienes se debería favorecer –los terceros que contratan con la sociedad–<sup>114</sup>.

– En tercer lugar, porque la regularidad o irregularidad de la sociedad –con independencia de cuáles se considere que son sus consecuencias– se conecta con la observancia o no de la publicidad registral y no con la celebración del negocio constitutivo en una forma determinada. En la medida que la documentación del contrato de sociedad (cuando se trata de sociedades mercantiles) es presupuesto de la inscripción<sup>115</sup> su omisión puede producir la irregularidad, pero sólo de manera mediata, en cuanto impide el acceso del contrato al Registro<sup>116</sup>. Por consiguiente, no cabe calificar

<sup>114</sup> GIRÓN TENA, *Las sociedades irregulares*, cit., pp. 1331 y ss. PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1340 y ss. Este último arguye además que negar personalidad jurídica a una sociedad por el hecho de no estar inscrita iría contra lo establecido en el artículo 22,3 C.E. que, según entiende este autor, implica que la inscripción registral sólo puede exigirse a «efectos de publicidad». Este argumento no está, sin embargo, exento de discusión. Por un lado, se discute que el número 3 del artículo 22 C.E. impida que la adquisición de la personalidad jurídica de una asociación pueda supeditarse a la inscripción registral (para algunos esta norma sólo significa que el registro no puede exigirse a efecto de un control administrativo-policia de fines); por otro, resulta dudoso que el artículo 22 C.E. tutele las sociedades que ejercitan actividades económicas. Vid. CAFFARENA, «Comentario a los artículos 35 y 36 C.c.» en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, p. 237; PANTALEÓN, «Asociación y sociedad (a propósito de una errata del Código civil)», en *ADC*, 1993, t. XLVI, fasc. I, pp. 48, 53 y nota 106.

<sup>115</sup> La doctrina mercantilista estima que el artículo 119 C.com. no exige la escritura pública como forma «ad solemnitatem» del contrato de sociedad sino simplemente como presupuesto de la inscripción. GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., pp. 228, 229; LANGLE, ob. cit., p. 15; VICENT CHULIÁ, ob. cit., p. 196; URÍA, ob. cit., p. 162, parece adoptar la opinión contraria pero advierte que la escritura tiene especial valor porque «sin escritura no hay posibilidad de inscripción registral».

En el mismo sentido se pronuncian los autores italianos en relación a la forma requerida para los contratos de sociedad colectiva y comanditaria. FERRI, ob. cit., pp. 70, 71, texto y nota 3; DISTASO, *I contratti in generale*, t. I, en *Giurisprudenze sistematica civile e commerciale*, Torino, 1980, pp. 870, 871.

<sup>116</sup> GENOVESE, «La forme integrativa e la società commerciale irregolare», en *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1948, II, pp. 125, 126. En general se entiende que la irregularidad es un problema de publicidad registral no de forma negocial. BRUNETTI, ob. cit., pp. 456, 457; GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, cit., p. 231; CAPILLA RONCERO, *La sociedad civil*, cit., p. 105; PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1339, 1340; FARIAS BATLLE, ob. cit., p. 6.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

como irregular a la sociedad civil por el mero hecho de que el contrato constitutivo no conste en la forma prescrita en el artículo 1.667 C.c. Como dice CAPILLA, al no existir con carácter general para la sociedad civil un medio de publicidad legal, «habrá que concluir que la sociedad civil o es siempre irregular... pues sólo goza de publicidad de hecho, o que los conceptos de regularidad e irregularidad permanecen ajenos a ella»<sup>117</sup>.

### IV. SIGNIFICADO DE LA FORMA EXIGIDA EN EL ARTÍCULO 1.667 C.C. PARA EL CONTRATO DE SOCIEDAD CON APORTACIÓN DE INMUEBLES. EL ARTÍCULO 1.668 C.C.

Hemos descartado que la forma pública exigida para el contrato de sociedad con aportación de inmuebles tenga algo que ver con la personalidad jurídica de la sociedad. Esta es una consecuencia de la eficacia organizativa del contrato, esto es, de la estructuración de la sociedad como sociedad externa. Del artículo 1.669 C.c. no se desprende que la declaración de voluntad de las partes deba expresarse en una específica forma —ni siquiera cuando existe aportación de inmuebles— para que la voluntad de crear un sujeto de derecho independiente de los socios pueda ser relevante jurídicamente. Consideramos correcta, sin embargo, la apreciación del Tribunal Supremo de que el contrato de sociedad es válido y eficaz entre las partes como vínculo obligatorio pues, en tanto la ley no sancione con la nulidad del negocio la omisión de la forma por ella requerida, rige el artículo 1.278 C.c. del que se deduce que la eficacia obligatoria del contrato deriva del mero consentimiento. El argumento de que la forma prescrita en el artículo 1.667 C.c. ha de considerarse solemne porque en otro caso el precepto sería innecesario no nos parece suficiente para justificar el carácter constitutivo de la escritura pública. Como venimos reiterando, para estimar que la omisión de la forma prescrita en la ley ocasiona la nulidad del negocio cuando la misma no viene prevista expresamente hay que demostrar que tal sanción es consecuencia ineludible de la finalidad de la norma que impone la prescripción formal. Tampoco el hecho de que el artículo 1.668 C.c. disponga que el contrato de sociedad, siempre que se aporten inmuebles, es nulo si no se hace un inventario de los mismos nos parece decisivo.

Para explicar la exigencia formal del artículo 1.667 C.c., no puede perderse de vista, en primer lugar, que lo que determina la exigencia de escritura pública es la existencia de aportaciones de los socios (aportaciones «quoad dominium») que tienen como objeto bienes inmuebles —la propiedad de los mismos— o derechos reales sobre

---

<sup>117</sup> CAPILLA, *La sociedad civil*, cit., p. 105.

A no ser que se entienda, claro está, que el Tribunal Supremo ha creado un nuevo supuesto de sociedad irregular: aquella en que el negocio constitutivo adolece de defectos formales (cfr. GAVIDIA, ob. cit., p. 443).

bienes inmuebles<sup>118</sup>. Es significativo que también en otros Ordenamientos como el alemán y el italiano rija una regla semejante. Tanto en uno como en otro el contrato de sociedad puede celebrarse en cualquier forma salvo que *por la naturaleza de los bienes aportados* y, en la medida que para el negocio dirigido a la transmisión de los mismos sea necesaria alguna forma específica, dicha forma sea exigible para el contrato de sociedad. Se trata de hipótesis en que la necesidad de forma viene impuesta en atención al *contenido* del contrato o, más concretamente, al contenido de alguna de las prestaciones que lo caracteriza<sup>119</sup>, siendo la forma exigible para la totalidad del negocio por su carácter indivisible.

Conforme a lo expuesto cabría pensar que la exigencia de escritura pública prevista en el artículo 1.667 C.c. puede no tener otro sentido que el de especificar que la forma requerida para los negocios traslativos de inmuebles (art. 1.280.1) es igualmente exigible cuando el contrato de sociedad lleva ínsito un negocio de tal tipo. De hecho, así parece deducirse de la primera redacción del artículo 3 (del título «De la sociedad») del Anteproyecto de 1888, precepto éste del que deriva el artículo 1.667 C.c. La previsión del legislador puede parecer, ciertamente, innecesaria. Sin embargo, no creemos que el precepto esté desprovisto de toda otra finalidad. Piénsese que el otorgamiento de escritura pública equivale a la tradición de los bienes enajenados (art. 1.462.2).

Aunque en ocasiones se cuestiona la naturaleza jurídica de la aportación de bienes a la sociedad, no se duda que tanto si el bien aportado pasa a ser propiedad común de los socios como si pasa a ser propiedad de la entidad se produce una mutación jurídico-real<sup>120</sup>. Conviene recordar que el artículo 1.667 estaba pensado originalmente

<sup>118</sup> Señala CAPILLA, *Comentarios*, cit., p. 35, que llama la atención el hecho de que solamente se requiera el otorgamiento de escritura pública cuando se aportan bienes inmuebles a la sociedad y no cuando se aportan bienes de otra naturaleza aunque luego, en el desenvolvimiento de las actividades sociales, acaben ingresando en el patrimonio social bienes inmuebles. Ello pone en la pista de que lo determinante es la aportación de inmuebles para la exigencia de escritura pública.

<sup>119</sup> DI GIOVANNI, *Il tipo e la forma (Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisito del contratto)*, Padova, 1992, pp. 28, 36 y ss.

<sup>120</sup> Cfr. CAPILLA, *La Sociedad civil*, cit., p. 106; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 523, quienes afirman que la naturaleza jurídica de las aportaciones «quoad dominium» es la de una transmisión del dominio, un acto de enajenación, según opinión del Tribunal Supremo.

Aunque cuando se parte de la consideración de la sociedad como persona jurídica no suele dudarse que la aportación de bienes en propiedad es un acto traslativo, tradicionalmente se ha cuestionado si la puesta en común de los bienes, cuando la sociedad carece de personalidad, equivale a la transmisión del dominio. Ya LAURENT (*Avant-projet de revision du Code civil*, vol. 5, arts. 1.430-1.998, Bruxelles, 1885, p. 414), en su comentario al artículo 1.892 del Anteproyecto belga que establecía que la aportación en propiedad tenía por efecto hacer a los socios copropietarios de la cosa, especificaba que la aportación de la propiedad tenía por objeto y como efecto la traslación de la propiedad: «hay transferencia de la propiedad –decía– porque la copropiedad es también una propiedad. La transferencia de la propiedad... consiste en que de propietario exclusivo que era deviene copropietario indiviso; él (el socio) abdica de la propiedad exclusiva, pero retiene un derecho de copropiedad». Las dudas sobre si la puesta en común de los bienes aportados podían considerarse como un acto traslativo del dominio se plantearon también en el Derecho italiano anterior al

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

(antes de que se introdujera el artículo 1.669 C.c. cuando ya se estaba publicando el Código en la «Gaceta») para una sociedad sin personalidad jurídica, lo que implica que con los bienes aportados por los socios se constituía una comunidad de bienes, y que en el Derecho histórico español el contrato de sociedad (universal) tenía como efecto inmediato, y sin necesidad de tradición, la constitución del condominio.

En la actualidad, aunque hay quien parece admitir la posibilidad de que el contrato de sociedad tenga carácter dispositivo <sup>121</sup>, la mayor parte de la doctrina estima que, conforme a las reglas generales, es un contrato obligatorio y sin eficacia real. Tanto si la sociedad carece de personalidad jurídica como si la ostenta, el contrato de sociedad opera sólo como *causa* de la constitución del condominio o de la constitución del patrimonio autónomo perteneciente a la entidad, que tiene lugar una vez realizada la tradición de los bienes prometidos. Hasta ese momento la sociedad —ya se configure como persona jurídica ya como colectivo de individuos particulares— no ostenta sino derechos de crédito frente a los socios individualmente considerados <sup>122</sup>.

---

Código civil de 1942, llegándose a la conclusión afirmativa (vid. *supra*, nota 49). En la actualidad se asimila la aportación en propiedad a la transferencia de la propiedad (GALGANO, voz «Societá», cit., p. 870).

Hay que destacar, entre las opiniones vertidas por los autores españoles, la de ROCA SASTRE («Naturaleza jurídica de la aportación social», cit., pp. 419 y ss.) quien, aunque parte de la configuración de la sociedad como persona jurídica, niega que exista un patrimonio autónomo cuyo titular sea la entidad y sostiene que el patrimonio formado por las aportaciones de los socios se encuentra en «estado de comunidad» entre éstos (contra, vid. MARTÍNEZ ALMEIDA, «Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad», en *AAMN*, t. V, 1950, pp. 221 y ss.). Afirma ROCA SASTRE que el acto de aportación no es un acto de transferencia en sentido estricto sino un acto de «comunicación de bienes». Ahora bien, aunque este autor opone el concepto de «comunicación de bienes» al de transferencia (en cuanto que, en su opinión, en la comunicación de bienes se produce una mezcla de titularidades jurídicas antes exclusivas pero no un cambio de titularidad de un aportante a otro) reconoce que la denominada «comunicación de bienes» implica una mutación jurídico-real para cuya efectividad es necesaria la tradición real o ficticia de los bienes en cuestión.

PAZ-ARES, ob. cit., p. 1418, afirma que, tanto si se trata de una sociedad externa —con personalidad jurídica— como de una sociedad interna —sin personalidad jurídica— la aportación constituye un acto de enajenación propiamente tal. En el segundo caso, indica, el cambio de la situación de titular único a comunero conlleva la transferencia al resto de los socios de las correspondientes cuotas de propiedad y, por consiguiente, modifica sustancialmente el vínculo sobre el bien, es decir, los poderes de gestión y disposición que se ostentaban previamente. Debe admitirse, en consecuencia, que existe enajenación.

<sup>121</sup> MANRESA, ob. cit., pp. 448, 449, afirma que «las cosas cuya propiedad se aporta a la masa social, dejan de pertenecer exclusivamente a su dueño para pasar a ser del dominio común en todos los socios desde el momento indicado (el de celebración del contrato de sociedad) aunque materialmente no hayan entrado en poder de la sociedad, no siendo necesaria la tradición para la adquisición por ésta».

PAZ-ARES, ob. cit., p. 1388, opina que en la sociedad universal la transmisión de los bienes no requiere el concurso de la tradición ya que la propia estructura de este tipo de sociedad así lo reclama. Con referencia a la sociedad particular, aunque en principio parece estimar que el negocio no es de por sí traslativo (p. 1388), en relación al artículo 1.679 indica que «en el texto de la norma no existe indicio alguno que permita afirmar que la transmisión de la propiedad de las aportaciones requiere, además, de la tradición» (p. 1408).

<sup>122</sup> DE BUEN, voz «Societá», *Enciclopedia jurídica española*, t. 28, Barcelona, 1910, p. 867; PÉREZ y ALGUER, ob. cit., p. 726; LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 408; CAPILLA, *La sociedad civil*, cit., pp. 106, 107; MIQUEL, ob. cit., pp. 35, 37.



En el Proyecto de 1851, al adoptarse el sistema francés de transmisión consensual de derechos reales<sup>123</sup>, es de suponer que la comunidad de bienes que había de formarse con los aportados por los socios nacía en el momento de celebrarse el contrato. En el Anteproyecto de 1888, de cuyo artículo 3 –del título «De la Sociedad»– procede el artículo 1.667 C.c., por el contrario, los contratos no se consideraron ya por sí mismos transmisivos de la propiedad y demás derechos reales<sup>124</sup>. Era necesaria para la producción del efecto real la tradición, si bien ésta podía efectuarse, según establecía el artículo 1.489 del Anteproyecto, mediante el otorgamiento de escritura pública<sup>125</sup>. La única posibilidad de dotar de eficacia real al contrato de sociedad (fuese universal o particular<sup>126</sup>) era, o declararlo expresamente haciendo una excepción a las reglas generales, o establecer que el contrato de sociedad en que existiese aportación de bienes inmuebles debía constar en escritura pública, pues si bien se admitía la tradición ficticia de los bienes muebles a través del consentimiento, en materia de inmuebles era necesario algo más: la formalización del contrato en escritura pública.

El sistema traslativo instaurado en el Código es prácticamente idéntico al del Anteproyecto<sup>127</sup>. Se consagra, igualmente, la tradición instrumental de los inmuebles mediante el otorgamiento del contrato en escritura pública (art. 1.462.2) y se admite la tradición ficticia de bienes muebles mediante «el mero acuerdo o conformidad de los contratantes» (art. 1.463). En nuestra opinión el artículo 1.667 C.c., pensado inicialmente para una sociedad sin personalidad jurídica, tenía como fin permitir que la constitución del condominio fuese simultánea a la celebración del contrato. Se evitaba con

<sup>123</sup> El artículo 981.1 del Proyecto establecía: «La entrega de la cosa no es necesaria para la traslación de la propiedad.»

<sup>124</sup> Aunque el artículo 606 –precedente del actual 609– decía: «la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por donación, por sucesión testada o intestada, y por efecto de los contratos» sin añadir, como hace el artículo 609 C.c., «mediante la tradición», la necesidad de tradición la establecía el artículo 1.112 para los contratos en general (y para la donación el artículo 632). Vid. ALBALADEJO, «Comentario al artículo 609 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. VIII, vol. 1.º, Madrid, 1987, pp. 18, 19.

<sup>125</sup> Establecía el artículo 1.489 (antecedente del art. 1.462 C.c.): «Cuando, por lo dispuesto en este Código o por la voluntad de los contratantes, se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario.»

Respecto de los bienes muebles, decía el artículo 1.490 (precedente del art. 1.463 C.c.): «Fuera de los casos que expresa el artículo anterior, la entrega de los bienes muebles se efectuará por el hecho de ponerlos en poder del comprador, por la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados, y por el sólo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo.»

<sup>126</sup> El citado artículo 3 del título «De la sociedad» del Anteproyecto se incluía, al igual que el artículo 1.667 C.c., en las disposiciones generales aplicables tanto al contrato de sociedad universal como particular.

<sup>127</sup> Salvo en lo relativo a la necesidad de tradir los bienes donados, aunque, como ya se vio, esta cuestión es controvertida (vid. *supra*, cap. II, apart. IV, 2).

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

ello, en tanto que la escritura pública tiene fuerza traditoria (salvo que de la misma se deduzca lo contrario), toda ruptura con la teoría del título y el modo.

Ahora bien, si ésta era la finalidad original del precepto, llama la atención que, al introducirse posteriormente el artículo 1.669 C.c. del que se deduce que la sociedad civil tiene como regla personalidad jurídica –y, por tanto, patrimonio autónomo– no experimentara aquél ninguna variación. Ello se debe, probablemente, a que el artículo 1.667 C.c es igualmente operante en este caso. Si, como sostiene PAZ-ARES, se entiende que la sociedad tiene personalidad jurídica desde el momento en que se perfecciona el contrato cuando ésta (la constitución de un organismo dotado de personalidad jurídica) es la voluntad de las partes<sup>128</sup>, también a partir de ese momento la entidad creada puede ser titular de derechos. La celebración del contrato en escritura pública permite –caso de existir aportación de inmuebles– transferir a la entidad los bienes que los socios se comprometen a aportar sin que tengan que realizar, posteriormente, los correspondientes actos de tradición.

El contrato de sociedad es válido y obligatorio entre los contratantes cualquiera que sea su forma de realización. Ni su eficacia obligatoria ni su eficacia organizativa se ven afectadas por la inobservancia de lo establecido en el artículo 1.667 C.c. La escritura pública es requerida, en nuestra opinión, únicamente para la eficacia real del contrato de sociedad<sup>129</sup>. La no documentación del contrato en escritura pública no tiene otra consecuencia que el que los socios deban efectuar la tradición de los bienes prometidos en el contrato para que efectivamente pasen a formar parte del patrimonio social (ya se estructure como patrimonio común de los socios o como patrimonio autónomo de la sociedad-persona jurídica). PÉREZ Y ALGUER entienden que, puesto que nada obliga a que la constitución del fondo social sea simultánea a la celebración del contrato, la necesidad de escritura pública sólo surge en el momento de aportación efectiva de los inmuebles<sup>130</sup>. Hay que precisar, sin embargo, que el otorgamiento de escritura pública no es el único modo de tradir los bienes inmuebles, por lo que no creemos que sea indispensable la formalización del contrato –con posterioridad a su celebración– para que tenga lugar la transferencia de los bienes inmuebles aportados por los socios al patrimonio social. No obstante, dado que respecto de determinados derechos reales no parece posible acudir a otro modo de tradición que no sea la escri-

---

<sup>128</sup> Vid. nota 86.

<sup>129</sup> De esta opinión, GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 638 y ss., quien indica que «la forma (es decir la escritura pública) es requisito o condición de eficacia: de una eficacia real que se deriva del contrato, no siempre sino sólo en el supuesto de que se aporten bienes inmuebles –en realidad se quiere decir la propiedad de los mismos– o derechos reales».

<sup>130</sup> PÉREZ y ALGUER, *Notas al Derecho de obligaciones* de Enneccerus, vol. 2.º, 2.ª parte, cit., pp. 685, 686. Indican estos autores que no hay inconveniente en admitir la figura de una sociedad que se constituya con los créditos relativos a las aportaciones, no siendo necesaria por tanto, en el momento de celebración del contrato, la documentación en escritura pública.

tura pública<sup>131</sup>, y que la documentación del contrato en escritura pública permite el ingreso simultáneo de todos los bienes prometidos por los socios en el patrimonio social –lo que puede resultar conveniente para el desarrollo de la actividad de la sociedad– pensamos que, constituyendo la obligación de efectuar la aportación de los bienes prometidos una de las obligaciones fundamentales de los socios (cfr. art. 1.281), y siendo el contrato de sociedad obligatorio con independencia de su forma de celebración, pueden las partes compelerse, ex artículo 1.279 C.c. a llenar la forma requerida «para hacer efectivas las obligaciones» propias del contrato de sociedad en los casos en que, existiendo aportación de inmuebles, no se haya observado la forma prevista en el artículo 1.667 C.c.

Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que aunque el artículo 1.667 C.c. sólo prescribe la forma pública para el contrato de sociedad con aportación de inmuebles con el objeto –en nuestra opinión– de dotarlo de eficacia real, es conveniente la documentación del contrato en escritura pública cuando alguno de los socios aporta a la sociedad la titularidad de derechos de crédito o cuando se aportan bienes muebles, si se acuerda efectuar la tradición de los mismos a través del mero consentimiento contractual, ya que para que la transmisión del derecho de crédito, de la cosa mueble o del derecho real recayente sobre el bien mueble, sea oponible a terceros es necesario que conste en documento de fecha cierta (art. 1.526 C.c.)<sup>132</sup>.

Para algunos autores el hecho de que el artículo 1.668 C.c. imponga la nulidad del contrato de sociedad con aportación de inmuebles cuando se omite la realización del inventario de éstos constituye un argumento a favor del carácter solemne del contrato de sociedad. Si el contrato es nulo –se dice– «faltando lo menos, el inventario, con mayor razón lo será cuando falte lo más, la escritura»<sup>133</sup>. El artículo 1.668 C.c. es un precepto ciertamente difícil de explicar. La doctrina lo critica por distintos motivos. Por un lado se critica la impropiedad de su expresión advirtiéndose que el término «inventario» se utiliza sólo respecto de los bienes muebles mientras que los inmuebles se describen pero no se inventarían. La terminología suele explicarse acudiendo al origen histórico del precepto. El artículo 1.668 procede, como se recordará, del artículo 1.565 del Proyecto de 1851. Este último exigía la realización escrita del inventario en relación a todo tipo de bienes por lo que estaba justificada la utilización del término<sup>134</sup>. Al limitar-

<sup>131</sup> Especialmente, si la aportación del socio consiste en *constituir* y no en *transmitir* el derecho real (ya constituido) en favor de la sociedad (persona jurídica o mera colectividad de sujetos). Recuérdese lo indicado en el capítulo anterior acerca del derecho real de censo. cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pp. 42, 43.

<sup>132</sup> Sobre ello, vid. cap. VII.

<sup>133</sup> Cfr. SCAEVOLA-CASTÁN, ob. cit., p. 768; CAPILLA, *La sociedad civil*, cit., p. 100, observa que la opinión que sostiene el carácter solemne del contrato de sociedad parece encontrar apoyo en este precepto.

<sup>134</sup> Vid. *supra*, apart. I, 3, B.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

se en el Código la necesidad de inventario a la hipótesis en que existiese aportación de inmuebles –por ser éste el único caso en que se requería escritura pública<sup>135</sup>– la palabra «inventario» resulta ya incorrecta. El hecho de que se mantenga parece deberse a un «lapsus» del legislador –o amanuense– que adoptó mecánicamente, y sin variación, la redacción del precepto tomado como fuente<sup>136</sup>.

En segundo lugar se observa que carece de sentido exigir un inventario de los inmuebles aportados cuando además es necesaria la escritura pública ya que ésta debe contener la descripción de los mismos por imperativo de la legislación notarial. La Resolución de la D.G.R.N. de 31 de diciembre de 1924 estimó por ello que sólo es necesaria la exigencia independiente de inventario cuando la aportación es posterior al otorgamiento de la escritura de sociedad. La doctrina entiende que la exigencia de inventario, descripción o enumeración de los inmuebles aportados –que no tiene otro fin que «dar fijeza a la composición del fondo social»<sup>137</sup>– ha de interpretarse, en relación con el artículo 1.667, en el sentido de que en la escritura pública que documenta el contrato de sociedad han de constar detalladamente los bienes aportados –si bien cabe la posibilidad de que la relación de los bienes se realice en un documento anejo–<sup>138</sup>.

La sanción de nulidad que incardina el artículo 1.668 a la omisión del inventario –con independencia de que pueda deberse a la falta de precisión con que el legislador español usa el término<sup>139</sup>– no parece tener mucha justificación, afirmándose que resulta «inconsecuente» con los principios del sistema<sup>140</sup>. Puede pensarse, no obstante, si se tiene en cuenta que las aportaciones prometidas por los socios constituyen el objeto del contrato de sociedad<sup>141</sup>, que la necesidad de detallar o inventariar los bienes aportados

---

<sup>135</sup> Vid. *supra*, apart. I, 3, C.

<sup>136</sup> LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., p. 406; PAZ-ARES, ob. cit., p. 1351.

<sup>137</sup> CAPILLA, *Comentarios*, cit., p. 29.

<sup>138</sup> SCAEVOLA-CASTÁN, ob. cit., p. 776; CAPILLA, *Comentarios*, cit., p. 30; PAZ-ARES, ob. cit., p. 1351.

<sup>139</sup> CAPILLA, *Comentarios*, cit., p. 32, quien indica, no obstante, que la fuerza de esta consideración «tampoco debe llevarse al extremo de suponer que el legislador, cuando emplea el término *nulo* no quisiera significar, al menos, algún tipo de ineficacia, por poco trascendente que sea».

<sup>140</sup> PAZ-ARES, ob. cit., p. 1351.

<sup>141</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I. *Introducción, Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 198 dice que «si el objeto del contrato son las cosas o servicios, objeto del contrato de sociedad, para ser lógicos, deberán ser los bienes o cosas que se ponen en el fondo común y la industria o actividad –servicios– que los socios realizan».

PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1323 y ss., indica que la causa del contrato de sociedad se encuentra en el fin común –entendido éste como el propósito práctico o finalidad empírica perseguida por las partes y comprensivo tanto del fin común último o abstracto del contrato (ánimo de lucro) como del fin concreto u objeto social (tipo de actividad a desarrollar)– y el objeto del contrato propiamente dicho, en el sentido que se desprende del artículo 1.261 C.c., lo constituyen las aportaciones prometidas por los socios. Distingue, no obstante, este autor, entre la aportación en sentido estricto –bienes o servicios aportados– y la aportación en sentido amplio que incluye todos aquellos comportamientos necesarios para la promoción del fin común.

no es sino una consecuencia de la exigencia de determinación del objeto del contrato (art. 1.261, 1.273 C.c.)<sup>142</sup>, limitándose el precepto comentado a insistir sobre tal extremo requiriendo además que quede constancia documental de los mismos cuando se trata de bienes inmuebles. Ello puede deberse al hecho de que, si bien de acuerdo con las reglas generales basta que el objeto del contrato sea determinable sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes<sup>143</sup> pudiendo, por tanto, celebrarse válidamente un contrato de sociedad sin que queden perfectamente fijadas las aportaciones correspondientes a cada uno de los socios<sup>144</sup>, al requerir el artículo 1.667 la escritura pública para la eficacia real del contrato de sociedad en que existe aportación de inmuebles, es preciso que al otorgarse ésta se detallen los inmuebles aportados –bien en la propia escritura, bien en un documento adjunto a ella– porque no es posible transferir al patrimonio común ni al de la sociedad-persona jurídica aquello que no está determinado en el contrato. Ahora bien, si al celebrarse en escritura pública el contrato de sociedad en que existe aportación de inmuebles, éstos no se relacionan ni describen en la propia escritura pública o en un documento anejo, el contrato, en nuestra opinión, no será necesariamente nulo –a no ser que sea imposible determinar con posterioridad y sin un nuevo acuerdo de las partes las aportaciones correspondientes a cada uno de los socios– sólo que, obviamente, carecerá de eficacia real en cuanto no pueden ingresar en el patrimonio colectivo o en el patrimonio autónomo de la sociedad bienes indeterminados. Podría hablarse de nulidad del contrato únicamente en su vertiente traslativa, lo que en rigor no es nulidad, sino ineptitud para provocar un concreto efecto.

Finalmente, y volviendo al tema de la forma del contrato de sociedad, PAZ-ARES estima que, en la hipótesis en que un socio participa gratuitamente en la socie-

<sup>142</sup> El precepto que inspiró la redacción del artículo 1.565 del Proyecto de 1851 –el artículo 1.178 C.c. austriaco– parece abonar esta interpretación pues simplemente establecía que «el contrato de sociedad es nulo cuando no se detallan o inventarían los bienes que se han de aportar». El precepto español modificó al austriaco en lo atinente a la necesidad de realizar el inventario por escrito cuando la celebración del contrato debiera efectuarse en escritura pública, justificándose tal exigencia en el hecho de que la finalidad probatoria que tenía la escritura pública no quedaba suficientemente cumplida si no iba acompañada del inventario escrito (habría bastado, sin embargo, con exigir que la escritura pública de sociedad contuviera una relación o descripción de los bienes aportados). En cualquier caso cabe pensar que la sanción de nulidad establecida en el artículo 1.565 para el supuesto en que se omitiera el inventario escrito de los bienes aportados era la que correspondía a todo contrato de sociedad en que no quedaran determinadas las aportaciones de los socios (el art. 996 del Proyecto de 1851 establecía que «el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie, aunque no lo sea en la cantidad, con tal que ésta pueda determinarse»).

<sup>143</sup> Por todos, vid. DíEZ-PICAZO, *Teoría del contrato*, cit., pp. 210 y ss.

<sup>144</sup> PAZ-ARES, ob. cit., pp. 1423 y ss., observa que es posible que las partes se asocien o concluyan tácitamente el contrato sin pactar nada acerca de las aportaciones ni fijar el «quantum» correspondiente a cada socio. Ello no significa la nulidad de la sociedad por indeterminación de las aportaciones si las lagunas pueden cubrirse mediante la interpretación del contrato y a partir de lo estipulado en cuanto al objeto social –del cual puede inferirse cuáles son las aportaciones necesarias para llevarlo a efecto–. En este caso, dice, las aportaciones son determinables en función del fin común.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

dad –es decir, sin efectuar ninguna aportación–, si la participación genera un incremento de patrimonio en el beneficiado y existe acuerdo sobre la gratuidad de la atribución, el contrato está sujeto a la forma de la donación<sup>145</sup>. Este autor parte de la distinción entre la aportación en sentido estricto –bienes o servicios de carácter patrimonial aportados a la sociedad– y la aportación en sentido amplio –contribución a la consecución del fin común–, de las cuales sólo la segunda constituye, a su juicio, elemento esencial del contrato de sociedad<sup>146</sup>. Conforme a esta distinción hay que ver si el socio que no aporta ningún bien o servicio se compromete o no a colaborar de algún modo en la consecución del fin común. Si el socio no aportante tampoco contribuye a la promoción del fin común el contrato de sociedad no será válido. Si el socio que participa gratuitamente en la sociedad se compromete a colaborar a la consecución del fin común el contrato de sociedad será válido y de él resultará, a juicio de este autor, un acto de liberalidad. En nuestra opinión es dudoso que en este supuesto pueda apreciarse la existencia de una liberalidad ya que, si bien el socio no aportante se enriquece en cuanto obtiene una participación en la sociedad, los demás socios no sufren a consecuencia de ello una verdadera disminución patrimonial: probablemente su participación en la sociedad será de menor entidad que si en la misma no hubiera ingresado el socio no aportante pero, como se dijo al examinar los requisitos que han de concurrir para que pueda hablarse de acto de liberalidad<sup>147</sup>, la pérdida de una posible ganancia no es equiparable a un efectivo empobrecimiento.

## V. LA FORMA DEL CONTRATO DE SOCIEDAD MERCANTIL COMO CONDICIÓN DE REGULARIDAD DE LA SOCIEDAD. LA DENOMINADA FORMA «AD REGULARITATEM» O FORMA «INTEGRATIVA»

Al examinar el concepto de sociedad irregular tuvimos ocasión de ver que la irregularidad de la sociedad determina la modificación del régimen jurídico a ésta aplicable y la consiguiente alteración de los efectos que normalmente corresponderían al contrato de sociedad colectiva o comanditaria de observarse las formalidades legalmente requeridas. Se ha visto también que la omisión de la forma prescrita para tales contratos no determina su nulidad pero, en la medida que impide la inscripción registral y el cumplimiento de los requisitos de publicidad, ocasiona, indirectamente, la irregularidad de la sociedad.

---

<sup>145</sup> PAZ-ARES, ob. cit., p. 1346.

<sup>146</sup> PAZ-ARES, ob. cit., p. 1412.

<sup>147</sup> *Supra*, cap. II, apart. III.

Pues bien, al constatarse por parte de algunos autores italianos que las consecuencias que se derivan de la falta de forma del contrato de sociedad colectiva o comanditaria no encajan en la tradicional clasificación que distingue entre «forma ad substantiam» y «forma ad probationem» se ha desarrollado en la doctrina italiana una nueva categoría formal, la denominada forma «ad regularitatem» o forma «integrativa». Esta categoría nació hacia mediados de siglo a partir de las afirmaciones de CARNELUTTI quien, tomando como base la hipótesis de las sociedades mercantiles no inscritas, observó que en determinados casos la omisión de los requisitos formales concernientes a ciertos actos no provoca su ineficacia sino simplemente la producción de efectos distintos que los que les corresponderían de haberse realizado correctamente. El acto –dice este autor– es entonces «irregular» y la forma para él requerida constituye condición de «regularidad» del mismo<sup>148</sup>. Inicialmente el obstáculo que presentaba la aceptación de la categoría de la forma «ad regularitatem» –al menos como tal categoría– era que quedaba reducida a un único supuesto, aquél que había determinado su creación: el contrato de sociedad mercantil<sup>149</sup>. GENOVESE, en un trabajo publicado en 1948, se esfuerza en demostrar la importancia práctica de esta construcción e incluye en esta categoría, entre otros, el contrato de trabajo en período de pruebas que en caso de no constar por escrito pasa a tener duración indefinida (art. 2.096 C.c. italiano) y el pacto de intereses superiores a los legales que debe constar por escrito so pena de quedar reducidos a los establecidos por la ley (art. 1.284.3)<sup>150</sup>. Considera preferible, no obstante, hablar de forma «integrativa» de los efectos del negocio –puesto que si no se observa la forma prescrita en la ley el contrato es válido pero determinados efectos no se producen– en lugar de hablar de forma «ad regularitatem»<sup>151</sup>.

En la actualidad puede decirse que la categoría de la forma «ad regularitatem» o «integrativa» es aceptada, en general, por los autores italianos –aunque en algunos casos, haciendo uso de distinta terminología<sup>152</sup>– que coinciden en afirmar que la forma

<sup>148</sup> CARNELUTTI, *Teoría general del Derecho*, trad. por Osset, Madrid, 1955, pp. 423, 424 (la edición italiana originaria parece ser de 1940).

<sup>149</sup> Así lo indica GENOVESE, «La forme integrativa», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1948, p. 120, texto y nota 4, p. 121, nota 9.

<sup>150</sup> GENOVESE, ob. cit., pp. 122 a 124. Afirma este autor que el fenómeno de la forma «ad regularitatem» se ha dado en todos los tiempos y cita como ejemplo la constitución del Emperador León que establecía la preferencia del acreedor pignoraticio cuyo contrato de prenda constase en documento público.

<sup>151</sup> GENOVESE, ob. cit., p. 121. Hay que hacer notar que paradójicamente, pese a que la llamada forma «ad regularitatem» nació tomando como base el supuesto de la sociedad irregular, para este autor no puede hablarse de dicha forma respecto del contrato de sociedad ya que la situación de irregularidad deriva directamente de la ausencia de inscripción y no de la falta de forma (cfr. p. 127).

<sup>152</sup> Así, PROSPERI, «Forme complementari e atto rezettizio», en *Rivista del Diritto commerciale*, LXXIV, 1976, pp. 210 y ss., propone la denominación de «forma complementaria» para hacer referencia a la forma prescrita para que el contrato pueda surtir todos sus efectos, sean principales o accesorios, porque

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

puede ser impuesta por la ley para que el negocio obtenga la plenitud de sus efectos. La falta de forma sólo determina, en tales casos, el que el contrato no despliegue su eficacia típica o no genere ciertos efectos<sup>153</sup>. Entre los supuestos que se incluyen en esta figura, además del consabido caso del contrato de sociedad colectiva o comanditaria, del contrato de trabajo en período de prueba y del contrato de préstamo con pacto de intereses superiores a los legales, anteriormente indicados, destacan el del contrato de prenda, que, según se deduce del artículo 2.787.3, no otorga al acreedor ningún derecho de prelación si no consta en escritura de fecha cierta<sup>154</sup> y algunos otros en que la limitación de efectos que se deriva de la falta de forma coincide con la inoponibilidad del negocio frente a determinados sujetos<sup>155</sup>. En tales hipótesis, se dice, las partes pueden optar por celebrar el negocio en la forma prescrita legalmente o documentarlo con posterioridad. Respecto de esta última posibilidad observa GIORGIANNI que no se trata de que la forma se añada al negocio ya estipulado oralmente haciéndolo eficaz o atribuyéndole ulterior eficacia sino que «el negocio existe ya con sus efectos propios» y «si las partes quieren conseguir los efectos ulteriores deben realizar un reconocimiento o una repetición del mismo revestida de la forma prescrita por el legislador»<sup>156</sup>.

---

dicha forma «completa los efectos de una estructura contractual ya formada en sus elementos esenciales o constitutivos». Si los contratantes no observan esta forma, dice, el contrato es igualmente válido y perfecto pero produce una eficacia menor y atenuada.

<sup>153</sup> Entre los autores más antiguos cabe destacar a CARIOTA-FERRARA (*Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 442) quien, aunque no se refiere expresamente a la figura de la forma «ad regularitatem» o «integrativa», parece admitirla ya que indica que en determinados casos la ley «exige una forma determinada para la plena eficacia del negocio, la producción de un efecto particular o su oponibilidad a terceros» y aclara que en tales casos no puede hablarse de forma esencial en cuanto su ausencia no produce la invalidez del negocio.

Por su parte, BETTI, *Teoría del negocio jurídico*, trad. y concordancias con el Derecho español por Martín Pérez, Madrid, 1949, p. 205, advierte que en determinados casos la inobservancia de la forma requerida por la ley tiene por sanción, únicamente, la limitación de los efectos del negocio. Señala como ejemplos, además del supuesto de la sociedad irregular, el caso del contrato de préstamo a la gruesa que si no se hace por escrito se resuelve en un mutuo simple y no produce intereses legales.

Entre los autores más recientes, vid. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Comentario del Codice civile* dirigido por Scialoja y Branca, libro 4, Bologna-Roma, 1970, pp. 412, 413; GIORGIANNI, voz «Forma degli atti» (Dir. priv.) en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVII, Varese, 1988, p. 998; DI PAOLO, «La forma del contratto», en *La nuova Giurisprudenza civile comentata*, Maggio-Giugno 1991, n.º 3, p. 179. También CARRESI, *Il contratto*, en *Tratato di Diritto civile e commerciale* dirigido por Cicu e Messineo, t. XXI, vol. 1.º, Milano, 1987, p. 372, aunque este último, si bien afirma que la forma puede ser requerida como condición para la producción de efectos ulteriores del contrato, la considera una modalidad de la forma «ad substantiam».

<sup>154</sup> Vid. *infra*, cap. VI.

<sup>155</sup> Se citan como ejemplos la venta con pacto de reserva de dominio en la que dicho pacto debe constar por escrito para que sea oponible al acreedor del comprador (art. 1.524.1) y el pacto de liberación o cesión de la renta del arrendamiento todavía no vencido que no puede ser opuesto al tercer adquirente de la cosa arrendada si no resulta de acto escrito de fecha cierta anterior a la transmisión (art. 1.605 C.c.).

Vid. PROSPERI, ob. cit., p. 212; CARRESI, ob. cit., p. 372; SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 412.

<sup>156</sup> GIORGIANNI, ob. cit., p. 998. SCOGNAMIGLIO, ob. cit., p. 412, entiende que en estos casos el legislador no prevé dos tipos diversos y sucesivos de declaraciones negociales, siendo innegable la unitariedad del tipo negocial.



Es importante señalar que también en el Derecho francés actual se tiende a superar la tradicional dicotomía entre forma «ad substantiam» y forma «ad probationem». La doctrina francesa reconoce, desde hace tiempo, que la forma de ciertos negocios se requiere únicamente como presupuesto para el cumplimiento de las formalidades de publicidad —en cuyo caso la falta de forma sólo determina la inoponibilidad del negocio frente a terceros<sup>157</sup>—. No obstante, recientemente GHESTIN ha desarrollado la figura de lo que él llama «formas complementarias» («formes complémentaires») que define como aquellas «que sin ser necesarias para la validez del contrato le confieren un efecto jurídico que no puede tener sin ellas». Integra dentro de esta categoría, además de las formas de publicidad («formes de publicité») —que en rigor son formalidades, concepto éste que no debe confundirse con el de forma negocial<sup>158</sup>— y de la forma requerida para los títulos negociables —nominativos, a la orden y al portador—, «ciertas formas que determinan la calificación y el régimen particular del contrato». Entre los ejemplos que incluye en esta última modalidad pueden destacarse el del contrato de préstamo cuando el dinero prestado se destina a la compra de un inmueble, que sólo otorga al acreedor un privilegio sobre tal bien si se realiza en forma auténtica (art. 2.103.2 C.c.) y el del contrato de trabajo que si no se celebra por escrito se transforma en un contrato de duración indeterminada<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les obligations*, 11.ª ed., París, 1982, p. 164; GUERRIERO, *L'acte juridique solennel*, París, 1975, pp. 211 y ss.; WEILL y TERRÉ, *Droit civil, Les obligations*, 3.ª ed., París, 1980, p. 341.

<sup>158</sup> *Supra*, cap. III, apart. III.

<sup>159</sup> Vid. GHESTIN, *Traité de Droit civil*, t. 2.º, *Les obligations, le contrat: formation*, 2.ª ed., París, 1988, pp. 369 y ss.



## CAPÍTULO VI

### EL CONTRATO DE PRENDA

#### I. PLANTEAMIENTO



OMO ya se ha indicado en un capítulo anterior, en el Derecho histórico español, prácticamente hasta la promulgación de la L.H. de 1861, aparecen confundidas las figuras de la prenda y la hipoteca<sup>1</sup>, admitiéndose en *Las Partidas* la posibilidad de constituir el «peño» tanto desapoderándose el deudor de la cosa empeñada como conservando su posesión (P. 5,13,1)<sup>2</sup>. La doctrina del siglo XIX, no obstante, tendía ya a identificar el contrato de prenda con aquel en que la

---

<sup>1</sup> Los antecedentes históricos relativos al contrato de prenda en el Derecho romano y en la Edad Media se han estudiado conjuntamente con los del contrato de hipoteca. Vid. *supra*, cap. III.

<sup>2</sup> Se decía así que cuando el contrato versara sobre cosas que «al mismo tiempo que se empeñan, suelen entregarse, o si se pactó que así había de hacerse» el acreedor pignoraticio podía exigir al que se la empeñó o a sus herederos que se la entregaran —P. 5, 13, 14— (ROMERO y GINZO, *Sala novísimo o nueva ilustración del Derecho real de España*, t. II, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1843, p. 292). Ello implica que el contrato celebrado consensualmente generaba la obligación de entregar la cosa pignorada si así se había pactado o si era de las que habitualmente se entregaban, es decir, si era una cosa mueble.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

constitución de la garantía se lleva a cabo mediante la entrega de la cosa al acreedor calificando dicho contrato como contrato real<sup>3</sup>, pero, independientemente de que se considerara la entrega de la cosa como requisito constitutivo del contrato, hasta la publicación del Código civil la ley no preveía ninguna exigencia formal para el contrato de prenda. El artículo 1.865 del C.c. procede del artículo 1.774 del Proyecto de 1851 y éste a su vez del artículo 2.074 del C.c. francés. Dado que para llegar a entender el artículo 1.865 de nuestro Código es necesario analizar previamente el precepto francés tomado como fuente conviene invertir el orden de nuestra exposición y examinar en primer lugar la regulación existente en torno al contrato de prenda en el Derecho comparado. Nos parece conveniente, asimismo, habida cuenta de que el contrato de prenda se suele incluir entre los contratos reales y por tanto no basta para su perfección la prestación del consentimiento, hacer algunas observaciones en torno a esta cuestión antes de pasar a estudiar el artículo 1.865.

## II. LA FORMA DEL CONTRATO DE PRENDA EN EL DERECHO COMPARADO. SU CONSIDERACIÓN COMO CONTRATO REAL

### 1. Derecho francés

El artículo 2.074 C.c. francés dispone: «Este privilegio (el del acreedor pignoraticio) no tiene lugar frente a tercero más que en tanto haya un acto auténtico o privado debidamente registrado, que contenga la declaración de la suma debida, así como la especie y la naturaleza de los bienes dados en prenda, o un estado anexo de su calidad, peso y medida.» En su redacción original –modificada por la Ley 80-525 de 12 de julio de 1980– este precepto contenía un último inciso que disponía: «La redacción del acto por escrito y su registro no están, sin embargo, prescritos más que en materia que exceda del valor de 150 francos». La exigencia formal contenida en este artículo, cuyo origen se remonta a la Ordenanza del Comercio de 1673<sup>4</sup> se establece en beneficio de

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ ELIAS, *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, pp. 652, 653; SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. IV, 2.ª ed., Madrid, 1889, p. 972.

<sup>4</sup> Esta Ordenanza –que venía a desarrollar lo establecido en el Decreto de 25 de noviembre de 1599 y las Ordenanzas de 1629 y 1667– exigió (en sus arts. 8 y 9) que los contratos de prenda se estipularan ante notario, haciéndose constar la suma prestada y el objeto empeñado. Esta regla fue introducida en el Derecho francés con la finalidad de evitar que un deudor insolvente pudiera hacer una dación en prenda fraudulenta con el objeto de perjudicar a sus restantes acreedores. De la observancia de tal exigencia dependía la posibilidad de ejercitar el derecho de preferencia al cobro propio del acreedor pignoraticio. TROPLONG, *Le Droit civil expliqué*, t. XIX, *Du Nantissement, Du gage et de l'antichrèse*, París, 1847, n.º 107, p. 99; PAUL PONT, *Explication du Code civil*, t. IX, *Commentaire-Traité des petits contrats*, t. 2.º, 2.ª ed., París, 1878, n.º 1.087 y ss., pp. 641 y ss.; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. V, trad. española anotada por De Buen, 3.ª ed. rev. por Marín Pérez, Madrid, 1955, pp. 81, 82; SIMLER y DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, París, 1989, p. 406, nota 1.

los acreedores del pignorante. Tiene como fin, por un lado, impedir que se sustituya el objeto dado en prenda por otro de mayor valor o se modifique, con posterioridad a la celebración del contrato, el valor del crédito garantizado —de ahí que se exija la constancia en el documento del importe de la suma debida y la descripción del objeto dado en prenda<sup>5</sup>; por otro, evitar la simulación de prendas ficticias y asegurar la certeza de la fecha del contrato —esta es la finalidad que se predica del registro de los documentos privados— de manera que el deudor no pueda sustraer sus bienes a la acción de sus acreedores alterando fraudulentamente la fecha del mismo<sup>6</sup>. La forma escrita —escritura pública o documento privado de fecha cierta— no es necesaria para la validez del contrato sino para su prueba. La adecuada comprensión de este precepto requiere tener presente el sistema francés relativo a la prueba de los actos jurídicos.

Como se recordará, según el artículo 1.341 del Code los contratos que superen un determinado valor (150 francos en la edición original del Código, 5.000 francos en la actualidad) deben constar por escrito para que puedan ser probados. La falta de prueba documental no impide de modo absoluto que se demuestre la existencia del contrato, se excluye la prueba de testigos y la de presunciones pero se admite la confesión y el juramento admitiéndose, además, ciertas excepciones a la necesidad de prueba documental (arts. 1.347 y 1.348). Esta limitación probatoria afecta a las partes contratantes cuando invocan el contrato una frente a la otra —así, cuando reclaman su cumplimiento— o cuando pretenden apoyar en él una pretensión contra un tercero. La limitación probatoria no afecta, sin embargo, a los terceros que quieran hacer valer en su favor la existencia del contrato<sup>7</sup>.

La referencia al importe de 150 francos que, en la redacción primitiva del artículo 2.074, se utilizaba para determinar cuándo el contrato de prenda debía constar por escrito<sup>8</sup>

<sup>5</sup> DURANTON, *Corso di Diritto civile secondo il Codice francese*, vol. IX, versión italiana, Napoli, 1844, n.º 510, pp. 173, 175; PONT, ob. cit., n.º 1.095 y ss., p. 649 y ss.; TROPLONG, ob. cit., n.º 110, 111, pp. 101, 102; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XII, *Suretés réelles*, 1.ª parte por Becqué, París, 1953, pp. 92, 93; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. III, vol. 1.º, *Suretés, publicité foncière*, 6.ª ed. por Ranuol et Chabas, París, 1988, p. 90.

<sup>6</sup> De hecho, aunque el artículo citado sólo se refiere a la posibilidad de que el contrato de prenda conste en documento privado registrado, la doctrina ha entendido tradicionalmente que tal exigencia se cubre si el documento privado adquiere fecha cierta por cualquiera de los medios previstos en el artículo 1.328 C.c. Así, por la muerte de cualquiera de los que lo firmaron o por la incorporación del contrato a un acto redactado por un funcionario público. PONT, ob. cit., n.º 1.091, pp. 645, 646; GUILLOUARD, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, París, 1895, n.º 64 y ss., pp. 65 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, *Trattato teorico-pratico di Diritto, Del pegno, dei privilegi, delle ipoteche e della espropriazione forzata*, versión italiana, Milano, s/f, n.º 45, pp. 127-129; COLIN y CAPITANT, ob. cit., p. 83; PLANIOL y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., p. 92; MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 2.ª ed., París, Sirey, 1987, p. 63; GROSLIÈRE, voz «Gage», en *Encyclopédie Dalloz*, t. V, pp. 5, 6. Contra, DURANTON, ob. cit., n.º 514, p. 174.

<sup>7</sup> *Supra*, cap. I, apartado II, 1.

<sup>8</sup> El valor a tener en cuenta era, según interpretaba la doctrina, aquél por el cual existía conflicto de intereses entre el acreedor pignoraticio y los restantes acreedores del pignorante. Por tanto, el valor del cré-

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

—público o privado registrado— estaba en consonancia con la contenida en el artículo 1.341 del Code que preveía originalmente el mismo importe para determinar los contratos que requerían la forma escrita con carácter «ad probationem». Aunque la Ley de 12 de julio de 1980 ha suprimido este último inciso, se entiende en la actualidad que el artículo 2.074 sólo opera cuando, conforme a las reglas generales sobre la prueba del contrato, éste debe documentarse, es decir, cuando el objeto dado en prenda o el crédito garantizado supera el valor de 5.000 francos<sup>9</sup>. En este caso, si bien lo dispuesto en el artículo 2.074 del Código francés no afecta a la prueba del contrato entre las partes contratantes que se rige por las reglas generales<sup>10</sup>, frente a terceros, concretamente frente a los restantes acreedores del pignorante, la previsión del indicado precepto supone que el contrato sólo puede ser probado si consta por escrito. Es decir, el artículo 2.074 viene a reforzar las reglas generales descartando la admisibilidad de medios de prueba supletorios al documental<sup>11</sup>. Este hecho, el que la escritura pública o la privada de fecha cierta sean los únicos medios de prueba admisibles cuando se pretende hacer valer el derecho de preferencia del acreedor pignoraticio frente a otros acreedores<sup>12</sup>, lleva a algunos autores a afirmar que respecto de tales terceros la documentación se exige «ad solemnitatem» y no «ad probationem»<sup>13</sup> o que el citado precepto no establece un mero medio de prueba del contrato contra los terceros sino, además, una condición necesaria para el ejercicio<sup>14</sup> o la existencia<sup>15</sup> del privilegio («*privilège*»)<sup>16</sup>.

En realidad, al imponer el artículo 2.074 una regla de tasa de la prueba de carácter absoluto, la forma documental se convierte en requisito de oponibilidad del derecho de

---

dito y el del objeto dado en prenda indistintamente ya que, aunque el importe del crédito superara los 150 francos, si el valor del objeto dado en prenda era inferior, el acreedor pignoraticio no ejercitaba su privilegio en perjuicio de otros acreedores más que por un valor inferior a 150 francos. Lo mismo sucedía en la hipótesis contraria puesto que el acreedor sólo podía cobrarse sobre el bien pignorado —aunque su valor superase los 150 francos— el importe de su crédito. BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, ob. cit., n.º 50, p. 131; DURANTON, ob. cit., n.º 511, p. 173; PAUL PONT, ob. cit., n.º 1.099, pp. 654, 655.

<sup>9</sup> MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 63; SIMLER y DELEBECQUE, ob. cit., p. 407.

<sup>10</sup> Así, en defecto de documento, las partes pueden probar la existencia de la convención mediante la confesión, el juramento o, si existe un principio de prueba por escrito, mediante testigos. Vid. *supra*, cap. I, apartado II, 1.

<sup>11</sup> GUILLOUARD, ob. cit., n.º 69, p. 71; DURANTON, ob. cit., n.º 515, p. 174; PLANIOL y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., p. 89, nota 3; MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 64.

<sup>12</sup> DURANTON, ob. cit., n.º 516, p. 174, admitía, no obstante, una excepción. Estimaba que si el acreedor pignoraticio perdía el título documental a consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor podía hacer uso de cualquier medio de prueba conforme al artículo 1.348 C.c. (vid. *supra*, cap. I, apartado II, 1).

<sup>13</sup> GUILLOUARD, ob. cit., n.º 69, p. 71.

<sup>14</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, ob. cit., n.º 48, p. 130; TROPLONG, ob. cit., n.º 114, p. 105.

<sup>15</sup> PLANIOL y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., p. 89.

<sup>16</sup> Aunque la ley hable de privilegio («*privilège*») se observa que se trata en realidad de un derecho de preferencia ya que no resulta de la ley como los privilegios, sino del contrato de prenda y del derecho real conferido al acreedor (DURANTON, ob. cit., n.º 508, p. 172; GROSLIÈRE, ob. cit., p. 7).

prelación del acreedor pignoraticio<sup>17</sup>. Debe tenerse en cuenta además que cuando el contrato se documenta en escritura privada el derecho de prelación no puede oponerse a los restantes acreedores si la misma carece de fecha cierta. Ello es consecuencia de la regla general contenida en el artículo 1.328 C.c. que dispone que «los actos privados no tienen fecha contra los terceros más que desde el día en que han sido registrados, desde el día de la muerte de aquél o de uno de aquellos que lo han suscrito o desde el día en que su sustancia ha sido constatada en los actos redactados por oficiales públicos, tales como procesos verbales de legalización (“scelle”) o de inventario». Este precepto, que limita la fuerza probatoria del documento privado en cuanto a su fecha con el fin de proteger a los terceros del peligro de una antedata<sup>18</sup>, supone que cuando un contrato consta en documento privado –el artículo 1.328 no es aplicable a los contratos verbales– la fecha del convenio no puede probarse frente a tercero más que si concurren las circunstancias del citado artículo ya que, según viene afirmando tradicionalmente la jurisprudencia y la doctrina francesa, la enumeración del indicado precepto tiene carácter taxativo no siendo posible probar frente a un tercero la certeza de la fecha de un documento privado por otros medios<sup>19</sup>.

Ahora bien, el artículo 2.074, según observan los autores franceses, no es una mera aplicación –en cuanto a la necesidad de fecha cierta del contrato privado de prenda– de la norma que comentamos ya que mientras que, habitualmente en el concepto de tercero a que se refiere el artículo 1.328 no se consideran incluidos los acreedores quirografarios o meramente personales (a los cuales puede oponerse los actos del deudor aunque carezcan de fecha cierta), el artículo 2.074 asegura también su protección<sup>20</sup> (recuérdese que se pretende evitar que el deudor sustraiga bienes a la acción de sus acreedores mediante comportamientos fraudulentos) haciendo aplicación del principio según el cual los acreedores de un mismo deudor se consideran terceros unos respecto de otros si existe conflicto entre ellos<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 64; SIMLER y DELEBECQUE, ob. cit., p. 407; MAZEAUD-RANOUIL y CHABAS, ob. cit., p. 91.

<sup>18</sup> LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. XIX, 3.ª ed., Bruxelles, París, 1878, n.º 279, p. 304; MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. V, 7.ª ed., París, 1873, pp. 55, 56; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2.ª parte, con la colaboración de Esmein, Radouant y Gabolde, París, 1954, p. 923.

<sup>19</sup> MARCADÉ, *Explication*, t. V, cit., p. 59; LAURENT, *Principes*, t. XIX, cit., n.º 286 y ss., pp. 312 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato teorico-pratico di Diritto civile, Delle obbligazioni*, vol. IV, versión italiana, Milano 1915, n.º 2.346, 2.369, pp. 78, 102 y ss.; PLANIOL y RIPERT, *Traité*, t. VII, cit., p. 929.

<sup>20</sup> MAZEAUD-RANOUIL y CHABAS, ob. cit., p. 91; MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 64.

<sup>21</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato*, IV, cit., n.º 2.361, p. 96; LAURENT, *Principes*, t. XIX, cit., n.º 317, p. 347.

A los efectos del artículo 1.328 C.c. francés se consideran terceros los causahabientes a título particular de los contratantes: aquellos que han adquirido de alguno de ellos derechos que serían perjudicados

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Hay que hacer notar finalmente que la fecha del documento privado debe haber adquirido la condición de cierta antes de que los terceros hayan adquirido derechos que puedan verse afectados por el ejercicio del mismo. Por ejemplo, si el documento privado se registra con posterioridad al embargo practicado por cualquiera de los acreedores del deudor, el acreedor pignoraticio no puede oponerles la preferencia para el cobro<sup>22 23</sup>.

El artículo 2.076 del Code establece, por otra parte, que «en todos los casos el privilegio no subsiste sobre la prenda más que en tanto la prenda haya sido puesta y subsista en posesión del acreedor o de un tercero convenido entre las partes». De este precepto se deduce que el privilegio del acreedor prendario —o, más exactamente, su derecho de prelación— se encuentra fundado sobre la posesión de la cosa siendo ésta

---

por el acto contenido en el documento privado si su anterioridad estuviera probada. Tradicionalmente se ha entendido que los acreedores quirografarios no tienen la consideración de tercero cuando invocan la garantía genérica que ostentan («droit de gage général») sobre los bienes del deudor. Sí la tienen si actúan contra el deudor en virtud de un derecho derivado de la ley (v. gr. a los acreedores embargantes no se les puede oponer los actos relativos al bien embargado si carecen de fecha cierta) o si son titulares de un derecho real sobre los bienes del deudor.

Entre ellos, sin embargo, los acreedores se consideran terceros de manera que el documento privado del que resulte un derecho de preferencia o una prioridad de rango en favor de algún acreedor sólo puede oponerse a los restantes si tiene fecha cierta. Vid. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato*, IV, cit., n.º 2.355 y ss., pp. 90 y ss.; LAURENT, *Principes*, XIX, cit., n.º 294 y ss., pp. 321 y ss.; PLANIOL y RIPERT, *Traité*, VII, 2.ª, cit., pp. 925 y ss.; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, *Teoría general de las obligaciones*, trad. española anotada por De Buen, 4.ª ed. rev. y puesta al día por Batlle, Madrid, 1960, pp. 469 y ss.

<sup>22</sup> PONT, ob. cit., n.º 1.092, p. 647; DURANTON, ob. cit., n.º 513, p. 173; BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, *Del pegno...*, cit., n.º 47, p. 129; BECQUÉ, ob. cit., p. 92; MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 63.

<sup>23</sup> El artículo 2.075 —reformado también por la Ley de 12 de julio de 1980— dice: «Cuando la prenda se establece sobre muebles incorpóreos, tales como los créditos mobiliarios, el acto auténtico o privado debidamente registrado debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda o aceptado por éste en acto auténtico». El precepto en su redacción original, además de que exigía tales formalidades expresamente para el ejercicio del privilegio, no aludía a la posibilidad de aceptación del deudor sino sólo a la notificación. No obstante la doctrina y la jurisprudencia, por aplicación de lo establecido en el artículo 1.690 para la cesión de créditos, entendía que la notificación podía ser sustituida por la aceptación del deudor en acto auténtico (PONT, ob. cit., n.º 1.106, pp. 660, 661; GUILLOUARD, ob. cit., n.º 116, p. 122; BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, *Del pegno*, cit., n.º 60, p. 137; DURANTON, ob. cit., n.º 524, p. 178). Los exégetas del Code consideraban además indispensable para la pignoración del crédito la entrega al acreedor del título en que éste se encontrara documentado. Dicha entrega cumplía la misma función que el traspaso posesorio en la prenda de muebles corporales (PONT, ob. cit., n.º 1.131 y ss., pp. 683, 684; GUILLOUARD, ob. cit., n.º 90 y ss., pp. 89 y ss.) afirmándose que mientras que la documentación y la notificación al deudor eran requisitos de oponibilidad del privilegio, la entrega del título era necesaria para la constitución del derecho de prenda (DURANTON, ob. cit., n.º 525, p. 178). La jurisprudencia ha continuado exigiendo para la prenda de créditos la entrega del título aunque en algunas sentencias recientes se admite la posibilidad de constituir la prenda sin necesidad de tal entrega cuando ésta es imposible, por ejemplo, si el crédito no se halla documentado, bastando en este caso la documentación del contrato de prenda y la notificación o aceptación del deudor (MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 56; GROS-LIÈRE, ob. cit., pp. 9, 10).

indispensable para que pueda ejercitarse<sup>24</sup>. Tradicionalmente se entendió, sin embargo, que no sólo el derecho de preferencia del acreedor pignoraticio, sino la propia existencia del derecho de prenda, deriva de la posesión del bien pignorado por el acreedor. Los exégetas del Código consideraron la entrega de la cosa un requisito esencial del contrato de prenda incluyéndolo, lógicamente, entre los contratos reales, por entender que el derecho de prenda no nacía hasta la entrega del bien al acreedor. La necesidad de entrega de la cosa para el nacimiento del derecho de prenda –frente a la regla general de constitución consensual de derechos reales– se explicaba indicando que en la posesión reside la garantía del acreedor ya que constituye el fundamento de su derecho de retención y le asegura la posibilidad de enajenar el bien en caso de incumplimiento del deudor. Se añadía que la posesión cumple una función de publicidad ya que permite a los restantes acreedores conocer la constitución de la garantía. Estas circunstancias justifican que se considerara necesario que la entrega de la posesión fuese real y efectiva no admitiéndose como modalidades de entrega aquellas, como el constituto posesorio, que no implican desposesión para el deudor y no crean ningún signo aparente que permita a los terceros conocer la disminución patrimonial del deudor<sup>25</sup>.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la configuración del contrato de prenda como real no se consideraba excluyente de la validez del contrato consensual como es lo lógico si se entiende que la entrega es requisito esencial del contrato de prenda. Se calificaba, sin embargo, dicho contrato, del que derivaba la obligación de transferir al acreedor la posesión del bien pignorado, como *promesa de prenda*<sup>26</sup>. En la medida que el contrato celebrado consensualmente no tenía como efecto el nacimiento de la garantía se consideraba como *promesa* y no como verdadero *contrato de prenda*. La jurisprudencia francesa, de acuerdo con esta doctrina, ha venido manteniendo tradicio-

<sup>24</sup> Se distingue, no obstante, la hipótesis de desposesión voluntaria del acreedor pignoraticio, en que, obviamente, pierde su derecho de prelación frente a los restantes acreedores –se dice que ello equivale a la renuncia tácita al privilegio– de la hipótesis de robo o pérdida. En este último caso puede ejercitar la acción reivindicatoria por un plazo de tres años (art. 2.279 C.c.). TROPLONG, ob. cit., n.º 96, 97, p. 90; DURANTON, ob. cit., n.º 528 y ss., p. 179; PONT, ob. cit., n.º 1.136, 1.137, pp. 690, 691; SIMLER y DELEBECQUE, ob. cit., p. 409.

<sup>25</sup> BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, *Del pigno*, cit., n.º 6, pp. 97, 98; PONT, ob. cit., n.º 1.121, p. 675; GUILLOUARD, ob. cit., n.º 94 y ss., pp. 94 y ss. (este autor consideraba admisible, no obstante, la entrega de la posesión efectuada mediante la entrega de las llaves del lugar en que se encuentre el objeto pignorado).

La doctrina actual considera necesaria, igualmente, la entrega real de la cosa al acreedor rechazándose las modalidades simbólicas de entrega. Así, PLANIOL y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., p. 96; SIMLER y DELEBECQUE, ob. cit., p. 408; MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 55.

<sup>26</sup> Se afirmaba que si el pignorante incumplía la promesa de prenda podía ser constreñido a cumplirla legalmente resultando aplicable, además, el artículo 1.188 del Code según el cual «el deudor no puede reclamar el beneficio del término cuando por su culpa ha disminuido las garantías que ha dado por contrato a su acreedor». BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES, *Del pigno*, cit., n.º 7, pp. 98, 99; PONT, ob. cit., n.º 1.122, pp. 675, 676; GUILLOUARD, ob. cit., n.º 88, p. 86.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

nalmente el carácter real del contrato de prenda aunque admitiendo al mismo tiempo que la entrega del bien pignorado no tiene que ser simultánea a la prestación del consentimiento y que el contrato consensual es válido como promesa de prenda. La doctrina más reciente critica la opinión de la jurisprudencia aduciendo que, toda vez que se admite la posibilidad de constituir prendas sin desplazamiento posesorio, carece de justificación la configuración del contrato de prenda como real. Se dice además que si se acepta la validez del contrato consensual como promesa de prenda se obtiene el mismo resultado que si se admite que el contrato de prenda se perfecciona por el mero consentimiento y sin necesidad de entrega de la cosa<sup>27</sup>.

### 2. Derecho italiano

#### A) CÓDIGO CIVIL DE 1865

El artículo 1.880 del C.c. italiano de 1865 tomó como fuente el examinado artículo 2.074 francés y estableció, al igual que este último: «Este privilegio (el correspondiente al acreedor pignoraticio) no tiene lugar, sino cuando hay un acto público o una escritura privada que contenga la declaración de la suma debida y de la especie y naturaleza de la cosa dada en prenda o lleve anexa una descripción de su calidad, medida y peso. Sin embargo, la reducción del acto en escritura no es requerida, sino cuando se trata de un objeto excedente del valor de 500 liras». El indicado precepto operaba exactamente igual que el artículo 2.074 del Code. La regulación del Código civil italiano en torno a la «prueba de las obligaciones» era un trasunto de la del Código francés debiendo constar por escrito con carácter «ad probationem» todos los contratos de valor superior a 500 liras (art. 1.341)<sup>28</sup>. Pues bien, cuando el contrato de prenda supe-

---

<sup>27</sup> Vid. MAZEAUD-RANOUIL y CHABAS, ob. cit., pp. 87-89; GROSLIÈRE, ob. cit., p. 5.

Es de notar que en el Derecho francés actual se llega a afirmar, partiendo de la idea de que la entrega de la cosa no es requisito esencial del contrato de prenda, que ésta sólo es necesaria para la oponibilidad frente a terceros del contrato (así, PLANIOL y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., p. 95; SIMLER y DELEBECQUE, ob. cit., p. 407) o del derecho de prenda (MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 62 —aunque en pp. 54, 55, dicen que el traspaso posesorio es necesario para la constitución de la prenda—). Parece admitirse así la existencia del derecho real entre las partes sin necesidad de traspaso posesorio conforme a la concepción habitual en el Derecho francés que, basándose en la regla de transmisión consensual de derechos reales distingue entre la existencia «inter partes» del derecho real y su eficacia frente a terceros. Mientras la doctrina más antigua sostenía el carácter real del contrato de prenda basándose en que la posesión era indispensable para la existencia de la garantía, en la actualidad se invierte el razonamiento: en la medida que el contrato de prenda tiene como efecto el nacimiento del derecho real de prenda, la negación del carácter real de dicho contrato tiene como consecuencia que la entrega de la cosa no se considere necesaria para la existencia entre las partes de la garantía sino sólo para su eficacia frente a terceros.

<sup>28</sup> Vid. cap. I, apart. II, 2, A.

raba ese valor<sup>29</sup>, si bien la prueba del convenio entre las partes se regía por las reglas generales<sup>30</sup>, frente a los restantes acreedores del pignorante no había otro medio de prueba, conforme al artículo 1.880, que el documental. Se decía por ello que, puesto que a falta de escritura no existía posibilidad jurídica de hacer valer el privilegio, aquella, más que un medio de prueba, era un requisito constitutivo de éste<sup>31</sup>. Ahora bien, dado que la forma documental no era necesaria para la validez del contrato ni era indispensable para la prueba de éste entre las partes<sup>32</sup>, se observaba que, en la relación entre acreedor y deudor pignorante, la prenda existía eficazmente por efecto de la convención y la entrega de la cosa sin que el pignorante pudiera oponer al acreedor la falta de documentación para enervar su derecho de retención o su «ius distrahendi»<sup>33</sup>. Las razones aducidas para justificar la exigencia formal del artículo 1.880 eran las mismas que apuntaba la doctrina francesa en cuanto al artículo 2.074 del Code, sustancialmente, la necesidad de impedir que la prenda se extendiera a cosas no comprendidas en el contrato y la necesidad de impedir los fraudes a terceros mediante la simulación o falseamiento de la fecha del convenio<sup>34</sup>. Aunque el precepto italiano no exigía como el francés que el documento privado se registrara, ni tampoco que tuviese fecha cierta, ello se deducía del artículo 1.237<sup>35</sup> que, a semejanza del artículo 1.328 del Código francés, disponía que la fecha de las escrituras privadas no era computable respecto de terceros sino desde el día en que fuese cierta por alguno de los medios en él indicados (la transcripción o depósito en la oficina del Registro, la muerte o imposibilidad física

<sup>29</sup> Que se determinaba, siguiendo a la doctrina francesa, teniendo en cuenta el valor por el cual existía conflicto entre los distintos acreedores. MIRABELLI, *Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza, parte dodicesima, Dei contratti speciali*, ristampa della 2.ª ed., Napoli, Torino, 1924, p. 395; RICCI, *Derecho civil teórico y práctico*, t. XIX, *De la prenda, de la anticresis, de la fianza, de la inscripción, de los privilegios e hipotecas*, trad. española, Barcelona, 1985, p. 30.

<sup>30</sup> MIRABELLI, ob. cit., p. 390.

<sup>31</sup> MESSINEO, «La scrittura nella costituzione del pegno», en *Rivista del Diritto commerciale*, 1931, t. XXIX, 2.º, pp. 336, 337, quien indica que «la escritura, entendida como forma requerida “ad substantiam” y la prohibición de prueba con medios diversos de la escritura, sería en definitiva una sola cosa». En semejante sentido MIRABELLI, ob. cit., p. 396: «el artículo 1.880 hace del acto escrito una condición “sine qua non” del ejercicio del privilegio».

<sup>32</sup> En defecto de documento se admitía, igual que en el Código francés, la prueba de confesión y la de juramento, siendo admisible, en ciertos casos, la prueba de testigos. Vid. cap. I, apart. II, 2, A.

<sup>33</sup> RICCI, ob. cit. pp. 26, 27.

<sup>34</sup> LOMONACO, *Instituzioni di Diritto civile italiano*, vol. 6.º, 2.ª ed., Napoli, 1.895, pp. 546, 547; RICCI, ob. cit., pp. 26 y ss.; MIRABELLI, ob. cit., pp. 391, 396.

<sup>35</sup> RICCI, ob. cit., p. 27. Según MIRABELLI, ob. cit., p. 391, al omitir el artículo 1.880 del Código italiano la exigencia de registro del documento privado quería significar, con el objeto de evitar las discusiones surgidas en el Derecho francés acerca de si el documento privado podía o no adquirir fecha cierta por cualquiera de los medios previstos en el artículo 1.328, que la fecha del documento privado adquiriría la condición de cierta conforme a las reglas generales, es decir, por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 1.237 del Código civil italiano.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

de cualquiera de los firmantes, la incorporación del contenido del acto en documentos extendidos por funcionarios públicos u otras pruebas equivalentes<sup>36</sup>).

Por otra parte, el artículo 1.882 disponía: «En todo caso el privilegio no subsiste sobre la prenda si no en cuanto la misma prenda ha sido entregada y permanece en poder del acreedor o de un tercero elegido por las partes.» La doctrina italiana consideraba el contrato de prenda un contrato real. Se aclaraba, no obstante, que ello se debía a la propia índole del derecho de prenda<sup>37</sup>, ya que la entrega de la cosa al acreedor era indispensable para el nacimiento de la garantía<sup>38</sup>. De ahí la exigencia del artículo 1.882: sin la posesión no existía el derecho de prenda, ni por consiguiente, podía ejercitar el acreedor «privilegio» alguno<sup>39</sup>. El contrato consensual de prenda se consideraba válido pero en cuanto no atribuía al acreedor el derecho real de prenda sino meras acciones personales para constreñir al deudor o pignorar a la entrega de la cosa no se conceptuaba un verdadero *contrato de prenda*<sup>40</sup> sino una *promesa de prenda*, según algunos autores<sup>41</sup>, o según otros, un *contrato innominado*<sup>42</sup>. CHIRONI observaba en este sentido que debía distinguirse el acto del que derivaba la obligación del deudor de constituir la garantía —que, según éste autor, operaba como *causa* de la relación jurídico-real de prenda— del acto de constitución de la garantía misma<sup>43 44</sup>.

<sup>36</sup> El precepto italiano amplió las posibilidades de obtención de fecha cierta del documento privado previstas en el Código francés, por un lado, equiparando la imposibilidad física a la muerte de los firmantes, por otro, previendo expresamente que la certeza de la fecha podía resultar de «pruebas equivalentes» a las enumeradas en dicho artículo. Como pruebas equivalentes (definidas como «las que excluyen la posibilidad de que la fecha sea distinta») se consideraban el timbre postal impreso en el documento, la incorporación de éste a Registros extranjeros y la ejecución de las obligaciones dimanantes del contrato. LESSONA, *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, t. III, *Prueba escrita*, trad. por Aguilera de Paz, 4.ª ed., Madrid, 1961, pp. 306, 307; RICCI, *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, vol. VI, *Delle obbligazioni*, Torino, 1880, pp. 488 y 489.

<sup>37</sup> RICCI, T. XIX cit., p. 9.

<sup>38</sup> RICCI, T. XIX cit., p. 9; RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, trad. de la 4.ª ed. italiana anotada por SERRANO SUÑER y SANTA-CRUZ TEJEIRO, Madrid, 1979, p. 766.

La entrega debía ser real y efectiva no siendo apta para la constitución de la prenda la tradición consensual o la simbólica, por ejemplo, la efectuada por la entrega de las llaves del lugar en que estuviese el objeto pignorado. Se indicaba que la posesión de la cosa por el acreedor, entre otras finalidades, tenía como fin advertir a los terceros de la existencia de la prenda. RICCI, T. XIX cit., p. 29; LOMONACO, ob. cit., pp. 548 a 550.

<sup>39</sup> RICCI, T. XIX cit., p. 14. Aunque el acreedor debía conservar la posesión de la cosa para poder ejercitar su derecho de prelación si la perdía involuntariamente, por robo o extravío, podía reivindicarla. MIRABELLI, ob. cit., pp. 414 y 415; RICCI, T. XIX cit., p. 24.

<sup>40</sup> LOMONACO, ob. cit., p. 542.

<sup>41</sup> RICCI, T. XIX cit., p. 9.

<sup>42</sup> MIRABELLI, ob. cit., p. 285.

<sup>43</sup> CHIRONI, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. 1.º (*Parte generale*), 2.ª ed., Milano, Torino, Roma, 1917, pp. 560 y 561. En la misma línea decía RICCI, T. XIX cit., p. 9: «la prenda no existe, o sea, que el derecho real sobre la cosa no se adquiere hasta tanto se hace la entrega; pero la obligación personal del deudor de dar la prenda existe independiente de la entrega y el acreedor tiene derecho a proceder en juicio para pedir su cumplimiento».

<sup>44</sup> En cuanto a la prenda de créditos, disponía el artículo 1.881: «El privilegio no tiene lugar sobre los créditos sino cuando resulta de acto público o de documento privado y se hace notificar al deudor del crédito».

## B) CÓDIGO DE 1942

El artículo 2.787.3 del C.c. vigente dice que «cuando el crédito garantizado excede de la suma de 5.000 liras, la prelación no tiene lugar si la prenda no resulta de escritura con fecha cierta, la cual contenga suficiente indicación del crédito y de la cosa». Como puede observarse este precepto es muy semejante al del Código derogado. La suma de 5.000 liras que ahora se fija como límite por encima del cual el contrato de prenda debe constar por escrito se corresponde con la establecida en el artículo 2.721 para determinar los contratos que requieren la forma escrita con carácter «ad probationem»<sup>45</sup>. Salvo en lo que respecta al derecho de prelación, el contrato de prenda se prueba conforme a las reglas generales. Frente a terceros distintos de los restantes acreedores del pignorante (v. gr., causahabientes a título particular), se dice, no existen las razones que justifican el que, en defecto de escritura, no se admita ninguna otra prueba, afirmándose que frente a ellos es suficiente la publicidad que se deriva de la desposesión del deudor o pignorante<sup>46</sup>. Mientras que frente a éstos el contrato puede ser probado, a falta de forma escrita, mediante la confesión o el juramento<sup>47</sup>, tales pruebas no son admisibles frente a los acreedores y en cuanto al aspecto concreto de la prelación. Ello lleva a afirmar, como ya hemos tenido ocasión de ver, que «limitadamente a la prelación» el acto escrito —que debe obtener fecha cierta por alguno de los medios previstos en el artículo 2.704<sup>48</sup>— es requisito, no «ad probationem», sino «ad substantiam»<sup>49</sup>.

Pese a lo dicho, la jurisprudencia italiana ha entendido que la falta de forma escrita puede ser opuesta por el propietario reivindicante, cuando se trata de prenda de

---

dado en prenda». La doctrina discutía, en relación a este precepto, si la aceptación del deudor en acto auténtico equivalía a la notificación (a favor, MIRABELLI, ob. cit., pp. 407, 411; contra, RICCI, T. XIX cit., p. 31). Asimismo, se discutía si la entrega del crédito al acreedor —necesaria para la constitución de la garantía— debía llevarse o no a cabo, necesariamente, mediante la del título en que estuviese éste documentado (RICCI, T. XIX cit., p. 21; RUGGIERO, ob. cit., p. 766) ya que la solución afirmativa impedía la pignorabilidad de los que no constasen documentalente. MIRABELLI, ob. cit., pp. 407 a 411, estimaba que la notificación al deudor o la aceptación de éste en acto auténtico podía equipararse a la entrega del crédito.

<sup>45</sup> Vid. *supra*, cap. I, apartado II, 2, B.

<sup>46</sup> RUBINO, *Il pegno*, en *Trattato di Diritto civile italiano* dirigido por Vasalli, vol. 14.º, t. 1.º, Torino, 1956, p. 227; GORLA, *Del pegno*, en *Comentario del Codice civile* dirigido por Scialoja y Branca, libro 6.º, 4.ª ed., Bologna-Roma, 1992, pp. 92 y 93.

<sup>47</sup> RUBINO, ob. cit., p. 228, nota 2.

<sup>48</sup> GORLA, ob. cit., p. 90.

El artículo 2.704.1 dispone: «La fecha de la escritura privada de la cual no es autenticada la firma no es cierta y computable respecto a terceros, sino desde el día en que la escritura ha sido registrada o desde el día de la muerte o la sobrevenida imposibilidad física de aquél o de alguno de los que la han firmado o desde el día en que el contenido de la escritura es reproducido en actos públicos, o en fin, desde el día en que se verifica otro hecho que establezca en modo igualmente cierto la anterioridad de la formación del documento».

<sup>49</sup> RUBINO, ob. cit., p. 227; GORLA, ob. cit., p. 88; CICARELLO, voz «Pegno» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXII, pp. 695 y 696.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

cosa ajena, frente al acreedor pignoraticio que alega haber adquirido la posesión de buena fe<sup>50</sup>. Esta interpretación jurisprudencial ha sido objeto de vivas críticas por parte de la doctrina<sup>51</sup> especialmente en cuanto la Corte de Casación (Cass. 31 marzo 1950) ha llegado a sostener que la forma escrita es necesaria para la propia existencia del derecho real –y no, meramente, para la existencia o la oponibilidad del derecho de prelación del acreedor pignoraticio– por entender que la prelación constituye el contenido esencial del derecho de prenda «en cuanto transforma la garantía genérica sobre los bienes del deudor en garantía específica sobre la cosa constituida en prenda por el deudor y los terceros».

Contra tal afirmación se argumenta que el derecho de prelación es un efecto eventual o accesorio del derecho de prenda (que, por otra parte, no es exclusivo de éste ya que puede ir acompañando a derechos meramente personales como sucede con los créditos privilegiados<sup>52</sup>) puesto que no siempre tiene lugar la realización de valor del bien pignorado. El derecho de prenda tiene un contenido propio antes de la fase de ejecución<sup>53</sup>, teniendo el acreedor una serie de facultades –se destaca en especial el poder de retener la cosa hasta su completa satisfacción, derecho o facultad de retención que se considera el contenido esencial o constante del derecho de prenda– con independencia de que se lleve o no a ejecutar el bien pignorado<sup>54</sup>. Si la ley impone una determinada forma para que tenga lugar un concreto efecto (el derecho de prelación) –se dice– no se puede deducir que la forma sea requerida también para la causa del mismo (el derecho de prenda)<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> El artículo 1.153 del C.c. italiano dispone: «Aquél a quien son enajenados bienes muebles por parte de quien no es propietario, adquiere la propiedad mediante la posesión, en tanto que tenga buena fe en el momento de la entrega y subsista un título idóneo para la trasferencia de la propiedad... En el mismo modo se adquieren los derechos de usufructo, de uso y de prenda».

<sup>51</sup> Se objeta que el artículo 1.787 exige la escritura para el derecho de prelación y éste sólo puede ser ejercitado frente a otros acreedores; entre el acreedor pignoraticio de buena fe y el propietario reivindicante no hay prelación sino conflicto de intereses entre dos sujetos que reclaman sobre la misma cosa derechos concurrentes. El artículo 1.153 permite la adquisición «a non domino» fundada en la posesión de buena fe y la existencia de título pero por tal ha de entenderse cualquiera que sea abstractamente idóneo para transferir el derecho debiendo tenerse en cuenta que la expresión «título» alude al negocio, no al documento en que éste consta. NAPOLETANO, BARBIERI y NOVITÁ, *I contratti reali (mutuo, deposito, comodato, pegno, contratto estimatorio)*, en «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale», 2.ª ed., Torino, 1979, pp. 431, 432; MONTEL, voz «Pegno» (Dir. vigente), en *Novissimo Digesto italiano*, t. XII, pp. 782 y 783; PROTETTI, *Il Pegno nella Giurisprudenza* en «Raccolta sistematica di Giurisprudenza comentata» dirigida por Rotondi, Verona, 1970, p. 79.

<sup>52</sup> FORCHIELLI, «Opponibilità al proprietario del pegno non scritto di cosa rubata», en *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1950, p. 1.101.

<sup>53</sup> MONTEL, ob. cit., p. 783.

<sup>54</sup> FORCHIELLI, ob. cit., p. 1.102, texto y nota 12, p. 1.103; STOLFI, «Scrittura con data certa e costituzione di pegno», en *Banca borsa e titoli di credito*, 1951, t. II, pp. 124, 127; del mismo autor, «Appunti sulla costituzione del pegno», en *Studi di Diritto privato*, Milano, 1980, p. 732.

<sup>55</sup> STOLFI, «Scrittura con data certa...», cit., p. 127.

Hay que señalar, por otra parte, que en el Derecho italiano actual sigue siendo corriente la opinión que configura al contrato de prenda como contrato real<sup>56</sup>. No obstante, conforme a lo que ya apuntaba la doctrina posterior al Código civil de 1865, observan algunos autores que no hay porqué considerar la entrega de la cosa como un requisito estructural del contrato de prenda. La entrega es necesaria para el nacimiento de la garantía real (el artículo 2.786 exige ya expresamente la entrega de la posesión para la constitución del derecho de prenda, requiriendo el artículo 2.787.2, para el ejercicio del derecho de prelación, la subsistencia de la misma) efecto típico del contrato de prenda, pero ello no impide que el contrato, en cuanto vínculo obligatorio, pueda perfeccionarse consensualmente<sup>57</sup>. Así, hay quien considera necesario distinguir el título para la constitución de la prenda (el negocio jurídico que da derecho al acreedor a exigir la constitución de la garantía) del acto constitutivo de ésta (la entrega)<sup>58</sup> o quien, partiendo del concepto de negocio de formación progresiva, considera el contrato consensual de prenda como momento inicial del «íter» de constitución del derecho de prenda<sup>59 60</sup>.

### 3. Derecho alemán

La constitución convencional del derecho de prenda tiene lugar mediante el correspondiente negocio abstracto de disposición («Einigung») –que como se sabe, es

<sup>56</sup> Así, TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, trad. y notas por Martínez Calcerrada, Madrid, 1967, p. 146.

<sup>57</sup> FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano 1952, pp. 10 y ss. Este autor afirma que el contrato de prenda se ha incluido erróneamente en la categoría de los contratos reales. Antes de la entrega, dice, no puede constituirse la relación jurídica prendaria («rapporto di pegno») ya que la desposesión del deudor o pignorante es indispensable para que pueda actuarse la garantía y el privilegio, pero puede perfeccionarse el contrato de prenda con el efecto obligatorio de dejar al deudor vinculado a entregar la prenda prometida.

<sup>58</sup> El contrato consensual de prenda, en cuanto título para la constitución de la misma, da derecho al acreedor a exigir que se le ponga en posesión de la cosa. MONTEL, ob. cit., p. 794; GORLA, ob. cit., pp. 52, 56.

<sup>59</sup> RUBINO, ob. cit., pp. 229 y ss. Aceptan esta tesis NAPOLETANO, BARBIERI y NOVITÁ, ob. cit., pp. 438 y ss.

CICARELLO, ob. cit., pp. 693 y 694, recoge las distintas opiniones sobre la naturaleza del contrato de prenda (aunque considera preferible la tesis tradicional) y observa que, desde el punto de vista funcional, no existe sustancial diferencia entre la opinión que configura el contrato consensual de prenda como fase previa de un contrato de formación progresiva, la que lo configura como precontrato o contrato preliminar y la que lo considera título contractual que legitima al acreedor a exigir la constitución de la garantía ya que en todos los casos se entiende que el contrato celebrado consensualmente vincula al otorgante a constituir la prenda mediante la correspondiente entrega.

<sup>60</sup> En relación a la prenda de créditos dispone el artículo 2.800: «En la prenda de créditos la prelación no tiene lugar, sino cuando la prenda resulta de acto escrito y la constitución de éste ha sido notificada al deudor del crédito dado en prenda o ha sido aceptada con escritura de fecha cierta». Añade el artículo 2.801 que si «el crédito constituido en prenda resulta de un documento, el constituyente debe consignarlo al deudor».

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

eficaz aunque no exista o sea inválido el negocio obligacional, dirigido a la constitución de la garantía, que ha de precederle<sup>61</sup>—seguido de la entrega de la cosa<sup>62</sup>. La «Einigung», que no precisa ninguna forma específica para su validez<sup>63</sup>—como tampoco la requiere el negocio obligatorio subyacente—debe implicar la voluntad de establecer un derecho de prenda sobre la cosa, que conlleve un derecho de realización de valor. Si no existe acuerdo sobre este extremo se entiende que sólo nace un derecho de retención<sup>64</sup>. Aunque la entrega no tiene que ser simultánea a la celebración del negocio dispositivo («Einigung») —puede ser anterior o posterior a éste— si se realiza con posterioridad, el acuerdo debe subsistir en el momento del traspaso posesorio, es decir, no debe haber sido revocado<sup>65</sup>. Al igual que sucede en otros ordenamientos, para la constitución del derecho de prenda se exige que la entrega sea real y efectiva («unmittelbare körperliche übergabe»), excluyéndose el constituto posesorio, lo que se justifica indicando que en materia de prenda es preciso que los terceros interesados, como los acreedores, tengan la posibilidad de conocer que la cosa ya no les sirve como garantía genérica y que debe impedirse toda posibilidad de influencia del pignorante sobre la cosa que pueda perjudicar al acreedor<sup>66 67</sup>.

<sup>61</sup> En este caso sólo hay lugar a una «condictio». Cfr. ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. III, *Derecho de cosas*, vol. 2.º, 10.ª ed., por Wolff y Raiser, trad. española anotada por Pérez y Algüer, 3.ª ed., al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1978, p. 434; WIEGAND, «Comentario a los parágrafos 1.205-1.258 B.G.B.», en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, T. 3.º, 12.ª ed., Berlín, 1981, p. 434.

<sup>62</sup> El parágrafo 1.205,1 dispone: «Para la constitución del derecho de prenda es necesario que el propietario entregue la cosa al acreedor y que ambos estén de acuerdo en la circunstancia de que el derecho de prenda debe corresponder al acreedor. Si el acreedor está en posesión de la cosa, basta el acuerdo sobre el nacimiento del derecho de prenda».

<sup>63</sup> Aunque no tiene carácter vinculante —esto es, puede ser revocada en tanto no se efectúe la entrega— si no se realiza en la forma prevista en el parágrafo 873,2. (Sobre ello, vid. *supra*, capítulo IV, apartado II,3).

<sup>64</sup> DAMRAU, «Comentario a los parágrafos 1.205-1.296 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, t. 4, München, 1981, p. 1.661; WIEGAND, ob. cit., p. 1.051.

<sup>65</sup> WIEGAND, ob. cit., p. 1.052; DAMRAU, ob. cit., p. 1.660.

<sup>66</sup> WIEGAND, ob. cit., p. 1.053.

El parágrafo 1.205,1 *in fine*, admite la posibilidad de «traditio brevi manu» y, en el párrafo segundo, prevé este artículo la posibilidad de constituir la prenda mediante la transmisión de la posesión mediata del objeto pignorado acompañada de la notificación de la pignoración al poseedor inmediato. (La transmisión de la posesión mediata se lleva a cabo mediante la cesión de la pretensión de restitución de la cosa —parágrafo 870—. También se transmite si el poseedor inmediato da por concluida su relación de mediación posesoria con el pignorante, por orden de éste, y conviene con el acreedor pignoraticio una nueva relación de mediación posesoria). ENNECCERUS-WOLFF, ob. cit., pp. 435 y 436; WIEGAND, ob. cit., pp. 1.057 y ss.; DAMRAU, ob. cit., pp. 1665 y ss.

El parágrafo 1.206 dispone además que «en lugar de la entrega de la cosa basta la concesión de la coposesión si la cosa se encuentra bajo la doble llave del acreedor o si, en caso de que esté en la posesión de un tercero, la restitución sólo puede hacerse conjuntamente al propietario y al acreedor».

<sup>67</sup> Cuando el derecho que se pignora es un crédito, aunque para la transmisión del mismo basta el acuerdo entre cedente y cesionario, realizado en cualquier forma, para su pignoración se requiere, además del acuerdo entre el titular del crédito y el acreedor pignoraticio, que se notifique al deudor la constitución de la prenda. La notificación es necesaria para la eficaz constitución del derecho de prenda (salvo que la prenda recaiga sobre letras de cambio o títulos al portador o transmisibles por endoso en cuyo caso la prenda se constituye

### III. EL CONTRATO DE PRENDA COMO CONTRATO REAL. LA VALIDEZ DEL CONTRATO CONSENSUAL DE PRENDA Y SU RELACIÓN CON SU FORMA DE CELEBRACIÓN

El artículo 1.863 del C.c. dispone: «Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857 se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo.» Al igual que sucede en otros ordenamientos en el Derecho español se suele incluir el contrato de prenda en la categoría de los contratos reales, que se perfeccionan por la entrega de la cosa<sup>68</sup>. Se estima que el acuerdo consensual no acompañado de entrega sólo da lugar a la «promesa» de prenda regulada en el artículo 1.862 del C.c.<sup>69</sup>, respecto de la cual dice algún autor que no está claro si se refiere «al contrato no real de prenda o al precontrato de prenda»<sup>70</sup>.

Independientemente de que se cuestione la propia categoría de los contratos reales<sup>71</sup>, en relación al contrato de prenda ha podido observarse, al examinar su regulación en el Derecho francés e italiano, que su configuración como contrato real se justifica en

---

mediante el acuerdo y la entrega del título –con el correspondiente endoso, en su caso–) lo que se explica indicando que la notificación equivale a la entrega de la cosa en la prenda de cosas muebles y que tiene como finalidad impedir que el deudor pueda liberarse pagando al acreedor. Sólo es válida la notificación realizada por el acreedor pignoraticio si ostenta un poder otorgado por el titular del crédito. Si no presenta un documento en que conste dicho poder el deudor puede rehusar la notificación. No es suficiente a estos efectos la presentación del documento en que conste el contrato de prenda. DAMRAU, ob. cit., pp. 1.788 y ss.; RIEDEL y WIEGAND, «Comentario a los párrafos 1.273-1.296 B.G.B.», en *Staudingers Kommentar*, t. III, cit., pp. 1.264 y ss.

<sup>68</sup> SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil III, Derechos reales*, vol. 2.º, *Derechos reales limitados, situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Barcelona, 1991, p. 302; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 374; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. XXIII, Jaén, 1980, p. 393; SERRANO ALONSO, «Comentario a los artículos 1.863 a 1.874 del Código civil», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 1.874.

<sup>69</sup> COVIÁN, voz «Prenda», en *Enciclopedia jurídica española* Seix, t. 25, Barcelona, 1910, p. 381; SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XXIX redactado por Apalategui, Madrid, 1955, p. 340; GUILARTE, ob. cit., pp. 393, 394.

<sup>70</sup> ALBALADEJO, *Derecho civil, III, Derecho de bienes*, vol. 2.º, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, 7.ª ed., Barcelona, 1991, p. 258.

<sup>71</sup> JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958, pp. 93 y ss., tras analizar las distintas teorías que intentan justificar la categoría de los contratos reales llega a la conclusión de que la misma carece de toda justificación positiva. Indica que la regla tradicional de que «no se puede quedar obligado a restituir lo que todavía no se ha recibido» sólo justifica el dogma de la realidad en cuanto se estime que la obligación principal y el fin primordial de esos contratos es la restitución de la cosa entregada. Sin embargo en la práctica se observa que la función económica de los contratos considerados como reales es muy distinta, no siendo la obligación de devolver sino un «fenómeno derivado de la consecución del resultado económico perseguido por las partes». Pone de relieve además el absurdo a que se llega admitiendo la validez del acuerdo consensual de contrato real como precontrato puesto que si la entrega es un elemento esencial del contrato definitivo no puede admitirse la validez del precontrato consensual.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

cuanto se le concibe como contrato que tiene como efecto inmediato el nacimiento del derecho real de prenda. El carácter real del contrato de prenda está estrechamente ligado, en estos ordenamientos, a la necesidad de entrega de la cosa –frente a la regla general de constitución consensual de derechos reales– para el nacimiento de la garantía prendaria. Como en el Derecho francés e italiano los contratos dirigidos a la constitución de derechos reales tienen como efecto el nacimiento del derecho de que se trate es lógico que se piense que el contrato de prenda es un contrato real: la eficacia dispositiva que de ordinario tienen los contratos constitutivos de derechos reales sólo puede conseguirse si el acuerdo de las partes va acompañado de la entrega de la cosa. Sólo cuando la entrega de la posesión es simultánea a la prestación del consentimiento se está ante un contrato de prenda si por tal se entiende aquel que tiene como efecto la constitución de dicha garantía<sup>72</sup>.

En el Derecho español, por el contrario, los contratos no producen, en general, más que efectos obligatorios. La constitución del derecho real a cuya consecución se dirige el contrato sólo tiene lugar mediante la tradición<sup>73</sup>. Es evidente, sin embargo, que el Código concibe el contrato de prenda como un contrato con eficacia real<sup>74</sup>. Ello explica que el artículo 1.863 exija la entrega de la cosa como requisito constitutivo de dicho contrato. La falta de entrega no determina, sin embargo, la invalidez del negocio celebrado, pero, en la medida que no provoca el efecto que la ley incardina al contrato típico de prenda –nacimiento del derecho real– debe ser calificado como *promesa* y no como *contrato de prenda*. Como ya se indicó en relación al contrato de hipoteca, lo que el artículo 1.862 denomina *promesa* no es sino un contrato obligatorio que, al carecer de los efectos propios del tipo legal, no encaja en el modelo contractual calificado por la ley como *contrato de prenda*. La promesa de prenda a que se refiere el

---

<sup>72</sup> Lo mismo sucedía en el Proyecto español de 1851. El artículo 1.773 exigía como requisito constitutivo del derecho de prenda (se regulaba la prenda en cuanto derecho real, no en cuanto contrato como hace el Código civil) «la entrega real de la cosa dada en prenda por parte del deudor, y la tenencia de la misma cosa por parte del acreedor», haciéndose una salvedad a la regla general, pues, como es sabido, en el Proyecto de Goyena se adoptó el sistema de transmisión consensual de derechos reales. De ahí que afirmara GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, reimp. Barcelona, 1973, p. 173, que «la entrega de la cosa al acreedor es de la esencia de este contrato», pero añadiendo (p. 174) que «la simple convención, por la que uno se obliga a dar a un acreedor cierta cosa en prenda, será válida, y se regirá por las reglas generales de las obligaciones».

<sup>73</sup> También en el Derecho español se considera necesario para la constitución del derecho de prenda que la entrega sea real y efectiva y, especialmente, que el deudor quede desposeído de la cosa (se admite la tradición «brevi manu» si el acreedor tenía ya la posesión por otro motivo). GUILARTE, ob. cit., pp. 397 y 398; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, t. III, 3.º, 3.ª ed., Barcelona, 1983, p. 29; SERRANO ALONSO, ob. cit., p. 1.875.

<sup>74</sup> De otro modo no tendría sentido que el artículo 1.857 estableciera como requisitos esenciales del contrato de prenda –al igual que del de hipoteca– exigencias, como la titularidad o la libre disposición de los bienes en cuestión, que en rigor son necesarias para la efectiva constitución de cualquier derecho real pero no para la validez del contrato que obliga a constituirlo.

artículo 1.862 equivale al contrato no real de prenda<sup>75</sup> que se califica como promesa, no porque se la considere un contrato preliminar, sino únicamente en virtud de su falta de correspondencia con el tipo legal<sup>76</sup> (recuérdese que en el siglo XIX el contrato de promesa era concebido, simplemente, como un acuerdo no formal susceptible de englobar todo tipo de compromisos de carácter obligatorio)<sup>77</sup>. Si cuando se trata del contrato de hipoteca la falta de forma pública, en cuanto impide la producción del efecto típico del contrato, afecta a la calificación negocial aplicable al supuesto de hecho, cuando se trata del contrato de prenda, la falta de entrega del bien pignorado ocasiona el mismo resultado y viene a constituir un «índice de tipo»<sup>78</sup>. El contrato con-

<sup>75</sup> En relación a ello dice PUIG BRUTAU, ob. cit., pp. 14 y 15, que «del contrato, en sentido propio, sólo nacen obligaciones. En este sentido sólo puede referirse a los derechos reales de esta clase para obligar a su constitución. Puede existir el contrato dirigido a preparar la creación de un derecho real de garantía; es decir, que no dejará establecido el derecho real, pero obligará a constituirlo. En este sentido, aunque el tít. XV del libro IV del Código civil se refiera a *los contratos* de prenda, hipoteca y anticresis, debe entenderse que regula el establecimiento de estos derechos reales por medio de negocio jurídico de disposición y el contenido de los mismos derechos; mientras que, en realidad, lo que debe ser considerado como contrato en relación con los mismos derechos es lo que el artículo 1.862 califica de *promesa de constituir prenda e hipoteca*».

Asimismo, dicen DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 5.ª ed. rev., Madrid, 1992, pp. 501 y 502, que lo previsto en el artículo 1.862 no es «más que una consecuencia del carácter que revisten las formalidades exigidas para la constitución de las garantías. Sin desplazamiento posesorio no hay prenda, y sin escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad no nace la hipoteca. A la promesa debe de equipararse la prenda en documento privado, pero sin transmisión de la posesión, o la hipoteca que conste igualmente en tal clase de documento».

<sup>76</sup> Es significativa en este sentido la opinión de MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, t. XII, 6.ª ed., rev. por Gómez Ysabel, Madrid, 1973, p. 546) que dice que si el contrato de prenda no va acompañado de la entrega sólo existe una obligación de constituir la prenda «es decir, existiría *otro contrato*, que sería distinto del de prenda, el cual no puede existir sin la entrega material de la cosa pignorada, requisito esencial, dada la naturaleza del contrato» (el subrayado es nuestro).

<sup>77</sup> *Supra*, cap. III, apart. V.

<sup>78</sup> GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 249 y ss., en torno a la necesidad de entrega en los contratos configurados por el Código como reales (mutuo, comodato, depósito y prenda), afirma que la misma constituye un «índice de tipo», es decir, un elemento estructural del contrato que sirve para diferenciarlos de otros contratos tipificados por la ley. La ausencia del elemento que constituye un índice tipológico no determina la nulidad del contrato sino el cambio de tipo contractual o su conversión en subtipo o tipo secundario. La entrega de la cosa es presupuesto de eficacia de la obligación de restitución, considerada por el Código la obligación principal de estos contratos y presupuesto, además, del nacimiento del derecho real en el contrato de prenda, pero ello no obsta a la validez de los contratos consensuales relativos a los mismos que son contratos obligatorios —si bien la obligación que generan es la de entrega de la cosa, indispensable para el nacimiento de la obligación de restitución— y no precontratos de contratos reales. Ahora bien, mientras que la regulación de la promesa de prenda en el artículo 1.862 del C.c. implica la existencia de un «contrato de prenda consensual típico», en los demás contratos estructurados legislativamente como reales, su configuración consensual es necesariamente atípica.

Independientemente de que pueda dudarse, como se verá seguidamente, de la eficacia obligatoria de los contratos de mutuo, depósito y comodato, celebrados consensualmente (y no documentados por escrito) estamos de acuerdo en que, por lo que respecta al contrato de prenda, la entrega de la cosa constituye un índice de tipo. Ya se indicó (*supra*, cap. III, nota 130) que existen normas que afectan al tipo legal definiéndolo y cuya inobservancia no implica la nulidad del negocio sino, simplemente, su alejamiento del negocio

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

sensual de prenda –*promesa*, según el artículo 1.862– puede encuadrarse en la figura del precontrato, en cuanto se conciba éste, siguiendo la tesis de DE CASTRO, como fase inicial de un «íter» de formación progresiva<sup>79</sup>. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la promesa de prenda que prevé el artículo 1.862 C.c. no genera una obligación de celebrar un nuevo contrato de prenda que deba perfeccionarse mediante la entrega de la cosa como pretende GUILARTE<sup>80</sup> –en cuyo caso junto con la entrega sería necesaria la prestación de un nuevo consentimiento contractual– sino una obligación de entregar la cosa convenida –que es un acto solutorio efectuado en cumplimiento de una obligación de constituir la garantía previamente contraída– cuya ejecución desencadena el efecto típico del contrato de prenda, es decir, la constitución de la relación jurídica real.

Según la tesis de DE CASTRO, del precontrato nace para las partes la facultad de exigir que se ponga en funcionamiento el contrato proyectado, la exigencia de cumplimiento de la promesa origina la vigencia de éste<sup>81</sup>. Pues bien, el contrato consensual de prenda –promesa de prenda ex artículo 1.862 C.c.– puede encajar en la figura del precontrato si se piensa que la puesta en vigor del «contrato definitivo» de prenda –aquel que tiene como efecto el nacimiento de la garantía prendaria– requiere el ejercicio de la pretensión de entrega. Por lo demás, pensamos que dicha obligación de entrega es susceptible de ejecución forzosa específica siempre que en el contrato consensual se hayan especificado los requisitos esenciales de la obligación garantizada y esté suficientemente determinado el objeto de la prestación de entrega<sup>82</sup>, siendo, en cualquier caso, de aplicación el artículo 1.129.2 C.c. si el deudor se niega a entregar al acreedor la posesión de la cosa, necesaria para el nacimiento de la garantía.

En nuestra opinión el requisito de la entrega sólo es indispensable en cuanto se pretenda que el contrato de prenda genere efectos reales inmediatos pero puede igualmente estructurarse como contrato meramente obligatorio, esto es, como contrato consensual<sup>83 84</sup>.

---

típico o la modificación de la calificación que le es aplicable. La exigencia de entrega de la cosa en los contratos reales y especialmente en el contrato de prenda entra dentro de esta categoría.

<sup>79</sup> DE CASTRO, «La promesa de contrato», en *ADC*, 1950, pp. 1.168 y ss.; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 310; ROMÁN GARCÍA, *El precontrato, Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1982, pp. 121 y ss., 175 y ss.

<sup>80</sup> GUILARTE, ob. cit., pp. 383 y 384. También en «Comentario a los artículos 1.857-1.862 del Código civil», en *Comentarios del Código civil*, (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 1872 y 1873.

<sup>81</sup> DE CASTRO, «La promesa de contrato», cit., p. 1.169.

<sup>82</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 502.

<sup>83</sup> JORDANO BAREA, *La categoría de los contratos reales*, cit., p. 61, dice, en este sentido, que «nadie pone en tela de juicio que sea necesaria la entrega para que pueda constituirse válidamente el *derecho real de prenda*. No debe, pues, extrañar que el contrato de prenda se considere como contrato real, cuando no se separa con claridad el *efecto* de su *causa*, la fuente del derecho y el derecho mismo».

<sup>84</sup> Hay que señalar que, en la medida que el contrato sólo genere una obligación de constituir el derecho prenda y no lo constituya de modo inmediato, no hay inconveniente en admitir la validez del contrato de prenda sobre cosa ajena o sobre cosa futura (validez que se niega con referencia al contrato real de

Ahora bien, ¿está supeditada la validez del acuerdo consensual de constitución de la garantía prendaria a su celebración por escrito? Para algunos autores sí<sup>85</sup>. ALBALADEJO distingue en relación a ello según que el contrato de prenda tenga carácter oneroso o gratuito. Si tiene carácter oneroso, es válido el contrato consensual de prenda independientemente de su forma de realización. Si tiene carácter gratuito, sólo es válido el acuerdo no acompañado de entrega si se celebra por escrito. La necesidad de documentación la deduce este autor de la aplicación de las reglas de forma de la donación (art. 632)<sup>86</sup>. La opinión de ALBALADEJO se encuentra relacionada con la tesis que justifica la necesidad de entrega para la existencia de los contratos tradicionalmente considerados como reales (comodato, mutuo y depósito), no ya en el hecho de que la misma sea indispensable para que nazca la obligación de restitución, efecto típico de tales contratos, sino en el hecho de que, por tratarse de negocios gratuitos (esencialmente el primero, naturalmente los otros dos), el simple acuerdo de las partes no puede considerarse vinculante si no va acompañado de la entrega de la cosa que se considera la forma normal de exteriorizar la voluntad de obligarse jurídicamente<sup>87</sup>. La entrega opera, desde este punto de vista, como un requisito de forma que garantiza la seriedad del acto<sup>88</sup>.

Partiendo de esta idea dice DE CASTRO que la entrega de la cosa en los contratos reales es un requisito de forma análogo a la «entrega simultánea» requerida en el artículo 632 C.c. para la donación verbal, afirmando, en consecuencia, que dichos contratos pueden considerarse válidos, aun sin entrega, «con tal que conste por escrito el consentimiento de las partes» como prevé el artículo 632<sup>89</sup>. Debe tenerse en cuenta, sin

---

prenda, cfr. MANRESA, ob. cit., p. 546; SERRANO ALONSO, ob. cit., p. 1.878. Con alguna matización, GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 410).

En este sentido se pronuncia la doctrina italiana (CICARELLO, ob. cit., p. 686) y la francesa (PLANIOL y RIPERT-BECQUÉ, ob. cit., p. 100; MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 52).

<sup>85</sup> Esta parece ser la opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 502, que equiparan a la promesa de prenda el contrato de prenda «en documento privado, pero sin transmisión de posesión».

<sup>86</sup> ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 256.

<sup>87</sup> Vid. FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., pp. 130 y ss.; JORDANO BAREA, ob. cit., pp. 100 y ss.

<sup>88</sup> GIORGIANNI, voz «Forma degli atti» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVII, p. 991, considera como negocios formales (con forma «vincolata», según la terminología italiana) los contratos reales, en que la manifestación de voluntad debe ir acompañada de la entrega de la cosa. En el mismo sentido, en el Derecho francés, CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les obligations*, 11.ª ed., París, 1982, pp. 161, 163.

BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 1984, p. 248, afirma que en los contratos reales la entrega puede ser explicada como el requisito en el cual se manifiesta el carácter definitivo («la definitività») del consentimiento.

Contra la consideración de la entrega como forma en los contratos reales, BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. por Martín Pérez, Madrid, 1949, p. 204, que afirma que la necesidad de entrega no obedece a la exigencia de seriedad del negocio sino que es parte integrante de la misma reglamentación de intereses llevada a contenido del negocio.

<sup>89</sup> DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, pp. 236 y 237. En relación a la promesa de constituir prenda e hipoteca afirma, concretamente, que, al no darse en ellas el requisito de la entrega, «carecerán de validez las *inter vivos*, a título gratuito, no debidamente documentadas».

embargo, que, como ya se indicó en el segundo capítulo de este trabajo, la solemnidad de la donación no viene impuesta exclusivamente a consecuencia de su carácter gratuito sino, específicamente, a consecuencia de su carácter de acto de liberalidad, esto es, a consecuencia del resultado económico —empobrecimiento-enriquecimiento correlativos— que provoca. Como allí se dijo, no todo contrato gratuito implica la realización de un acto de liberalidad<sup>90</sup>. El que la mera declaración verbal —no acompañada de la entrega de la cosa— no pueda considerarse vinculante en contratos como el comodato, depósito, o mutuo gratuitos no tiene la misma justificación que la exigencia de forma escrita o entrega de la cosa en la donación (de bienes muebles). No se debe a la necesidad de impedir que el sujeto que realiza la prestación se desprenda irreflexivamente de sus bienes<sup>91</sup> puesto que el patrimonio de aquél no sufre, como regla, ninguna disminución. Se debe a que es difícil precisar cuándo el que asume tales compromisos de palabra entiende no vincularse jurídicamente y cuándo pretende contraer una verdadera obligación jurídica<sup>92</sup> ya que el carácter gratuito del compromiso hace surgir la duda acerca de si asume una obligación jurídica o una pura obligación de cortesía<sup>93</sup>. Su naturaleza onerosa, en cambio, al excluir el carácter meramente amistoso de la obligación contraída, permite considerar vinculante jurídicamente el compromiso aunque se manifieste verbalmente. Que los contratos de mutuo, depósito y comodato gratuitos deban celebrarse por escrito para que puedan considerarse válidos y eficaces cuando no van acompañados de la entrega de la cosa se debe a que, desde un punto de vista de política legislativa y en aras de la seguridad jurídica, es conveniente exigir la documentación del negocio para considerar vinculado jurídicamente al que se obliga gratuitamente a prestar o a custodiar una cosa por estimar la conciencia social que quien

<sup>90</sup> Vid. cap. II, apart. III.

<sup>91</sup> Ya se indicó que, aunque habitualmente se afirme que la forma de la donación está también prescrita en interés de terceros, que ello sea así es sumamente discutible. *Supra*, cap. II, apart. VII.

<sup>92</sup> DE CASTRO, ob. cit., p. 287, señala que la consideración de la entrega como forma del préstamo o depósito gratuitos contraídos verbalmente «no parece contrario, sino conforme al común sentir, que regularmente estima tales ofrecimientos o peticiones hechas meramente de palabra origen de obligaciones sociales o de cortesía, cuyo cumplimiento no cabe sea exigido judicialmente».

Igualmente, ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, vol. 2.º, *Los contratos en particular*, 8.ª ed., Barcelona, 1989, pp. 369 y 370, dice, refiriéndose al contrato de préstamo en general, que por tratarse de una materia en la que a tenor de la conciencia social un acuerdo suele tomarse, más bien, como obligatorio sólo en el plano de la amistad pero no en el estrictamente jurídico, es razonable que se exijan determinados requisitos para estimar dicho acuerdo como obligatorio jurídicamente.

En el mismo sentido, DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, 6.ª ed., Madrid, 1992, p. 455, señalan, en relación al contrato consensual de préstamo, que «se hace necesario ante todo precisar cuándo se ha manifestado un consentimiento con intención de vincularse jurídicamente y cuándo con intención de cumplir un deber de amistad o de cortesía... Por eso, salvo en el préstamo con interés, será difícil apreciar la existencia de una vinculación jurídica previa a la entrega».

<sup>93</sup> FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., pp. 136 y 137.

asume tales compromisos verbalmente no entiende normalmente que contrae un vínculo jurídico, pero no a que resulten aplicables las reglas de forma de la donación<sup>94</sup>. Dado que en el contrato de prenda, aunque tenga carácter gratuito, no existe la ambigüedad (relación jurídica o relación de cortesía) propia de los demás contratos reales<sup>95</sup> no hay por qué exigir que, cuando se estructura como contrato consensual, deba constar por escrito.

Para determinar si las reglas de forma de la donación son aplicables al contrato de prenda gratuito<sup>96</sup> hay que ver si conlleva la realización de un acto de liberalidad. En el supuesto de constitución de una prenda en garantía de deuda propia puede decirse, en principio, que no existe empobrecimiento para el deudor ya que, en la hipótesis en que se llegue a realizar la garantía, el deudor no ve disminuido su patrimonio sino en la medida de lo que ya debía. Tampoco se enriquece el acreedor ya que la ventaja que obtiene aumentando sus posibilidades de cobro no es equiparable a un verdadero enriquecimiento<sup>97</sup> y, en el supuesto de ejecución del bien dado en prenda, no recibe más de lo que ya le era debido. Cabe pensar, no obstante, que el crédito garantizado aumenta su valor en el tráfico y en este sentido se enriquece el acreedor. Para que pudiera apreciarse la existencia de un acto de liberalidad sería necesario que el constituyente de la garantía se empobreciera correlativamente. Hay quien dice que la constitución gratuita

<sup>94</sup> En este sentido observa LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. III, *Contratos y cuasicontratos*, Barcelona, 1986, p. 257, nota 2, sobre la necesidad de forma de los contratos consensuales de mutuo y comodato: «la aplicación analógica del artículo 632 C.c. precisaría, en mi opinión, de mayores similitudes: la donación implica un despojo definitivo del dominio (al menos, es el caso habitual y señala el tipo rector para la exigencia de forma). Cosa distinta es la posible conveniencia de exigir una forma específica al comodato o préstamo consensuales, cuestión de política jurídica que no vamos a tratar aquí».

JORDANO BAREA, ob. cit., p. 106, estima igualmente que las reglas de forma de la donación no son aplicables a los contratos reales.

<sup>95</sup> FORCHIELLI, *I contratti reali*, cit., p. 14.

<sup>96</sup> En general se entiende que el carácter oneroso o gratuito del contrato de prenda —como de los demás contratos de garantía— se determina según exista o no una contraprestación para el constituyente de la prenda independientemente de la naturaleza onerosa o gratuita de la obligación principal asegurada.

Si la prenda se constituye por el deudor se considera oneroso el contrato de prenda si el otorgamiento de la garantía es condición esencial de la concesión del crédito o, en general, si a consecuencia del otorgamiento de la misma obtiene alguna ventaja el deudor (por ejemplo, se le otorga mayor plazo o se le exige menor interés si la deuda está garantizada).

Cuando la prenda se constituye por un tercero, se considera oneroso el contrato si el constituyente de la prenda obtiene una remuneración conectada al contrato accesorio y no al principal. Desde este punto de vista, será gratuito el contrato de prenda otorgada por un tercero si la contraprestación que recibe procede del deudor. (Vid. GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 394; CAPILLA, «Comentario a la Sentencia de 28 de marzo de 1988», en *CCJC*, 1988, n.º 16, pp. 280, 281 —aunque se refiere al contrato de hipoteca—; MONTEL, ob. cit., pp. 794 y 795).

<sup>97</sup> El enriquecimiento que se tiene en cuenta a la hora de apreciar la existencia de un acto de liberalidad es aquel que implica un aumento patrimonial consistente en la transferencia de un valor económico procedente del patrimonio de otro sujeto que se desprende de él (*supra*, cap. II, apart. III).

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

de una garantía implica de por sí «una merma del valor del patrimonio del deudor»<sup>98</sup>. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esa merma de valor se corresponde con el importe del crédito garantizado. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de venta de un bien hipotecado. Es cierto que habitualmente el precio de la venta será menor que si no existiera la hipoteca pero ello será así porque, con independencia del supuesto en que el comprador asume la deuda garantizada con consentimiento del acreedor, existe un pacto de descuento –y el adquirente se compromete al pago de la obligación garantizada– o de retención –en cuyo caso el comprador retiene parte del precio por si tiene que hacer frente a la responsabilidad hipotecaria– pero, tanto en un supuesto como en el otro, si es el deudor el que paga la obligación garantizada tiene derecho a que el comprador le entregue el importe descontado o retenido. Su patrimonio permanece, pues, intacto y no sufre ninguna disminución. El hecho de que el gravamen que pesa sobre el bien del deudor pueda dificultar, ocasionalmente, la obtención por éste de algún crédito o la realización de algún negocio<sup>99</sup> no supone, en nuestra opinión, por su carácter eventual, empobrecimiento en el sentido en que se requiere para justificar la aplicación de la normativa de la donación<sup>100</sup>.

La situación varía si el constituyente de la prenda es un tercero. Si el contrato celebrado entre el pignorante y el acreedor es gratuito (aquel no recibe ninguna contraprestación a cargo del acreedor<sup>101</sup>) se excluye, en principio, la existencia de un acto de liberalidad puesto que, en la medida que el tercero tiene un derecho de regreso o reem-

<sup>98</sup> CAPILLA, «Comentario a la Sentencia de 28 de marzo de 1988», cit., p. 278.

<sup>99</sup> V. gr. si la otra parte contratante supedita la concesión de un crédito a que se constituya una garantía sobre los bienes del deudor y éste no tiene otros bienes que el ya gravado, no aceptándose la constitución de otra garantía sobre el mismo bien.

<sup>100</sup> La doctrina alemana niega que la constitución de una garantía por el propio deudor pueda ser considerada como un acto de liberalidad (PUTZO, «Comentario al parágrafo 516 del B.G.B.» en *Palandt Kommentar zum B.G.B.*, München, 1990, p. 526; KOLHOSSER, «Comentario al parágrafo 516 del B.G.B.» en *Münchener kommentar zum B.G.B.*, Band 3, 1. Halband, München 1980, p. 526). También en el Derecho italiano se excluye que la constitución de derechos de garantía conlleve la realización de un acto de liberalidad. CARNEVALI, voz «Liberalità» (atti di), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIV, p. 216; TORRENTE, *La donazione*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* dirigido por Cicu y Messineo, t. XXII, Milano, 1956, p. 220. En la doctrina española parecen ser de esta opinión, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III, 3.º, cit., p. 79; LACRUZ, *Contratos y cuasicontratos*, cit., pp. 128, 129.

<sup>101</sup> Si a la hipótesis de constitución del derecho de prenda por un tercero se aplicara la tesis de Gullón sobre la onerosidad o gratuidad del contrato de fianza habría que distinguir la hipótesis en que existe un pacto previo entre el pignorante y el deudor en base al cual aquél asume la obligación de constituir la prenda y la hipótesis en que no existe dicho pacto. En el primer caso, siguiendo a Gullón, no tiene mucho sentido discutir la naturaleza onerosa o gratuita del contrato de prenda ya que éste se realiza «solvendi causa» debiendo estarse al contrato celebrado entre pignorante y deudor para detectar si aquél se ha obligado a título oneroso o gratuito. En el segundo caso la calificación como oneroso o gratuito depende exclusivamente del contrato de prenda. Ahora bien, según este autor dicho contrato debe considerarse oneroso aunque el destinatario de la prestación del acreedor no sea el pignorante sino el deudor (a quien se concede mayor plazo, menor interés, etc.). Vid. GULLÓN, «Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional», *La Ley*, 1989, n.º 3, pp. 789-791.

bolso y un derecho de subrogación frente al deudor (arts. 1.838 y 1.839 por analogía, art. 1.210.3 C.c.), no puede decirse que se empobrezca aunque se llegue a la fase de ejecución de la garantía<sup>102</sup> —ello con independencia de que pueda haberse pactado alguna remuneración entre el pignorante y el deudor—. Sólo cabría estimar la existencia de un acto de liberalidad entre el tercero pignorante y el acreedor si el deudor fuese manifiestamente insolvente y no tuviese el acreedor ninguna posibilidad de cobrar su crédito<sup>103</sup>. Si el tercero renuncia a sus acciones frente al deudor y no recibe de éste ninguna contraprestación puede existir un acto de liberalidad, pero no entre el pignorante y el acreedor —sujetos del contrato de prenda—, sino entre el pignorante y el deudor y sólo en la hipótesis de ejecución de la prenda (el deudor se enriquece en la medida que se extingue su deuda a costa del patrimonio del pignorante) no por el mero hecho de su constitución<sup>104</sup>.

En consecuencia, el compromiso de constituir el derecho de prenda asumido verbalmente frente al acreedor por el deudor o por un tercero, ha de considerarse como regla general vinculante jurídicamente aun cuando tenga carácter gratuito. Como ya indicamos, desde nuestro punto de vista la necesidad de entrega como requisito constitutivo del contrato sólo se justifica en cuanto se pretenda dotar al contrato de efectos reales inmediatos. El carácter gratuito que eventualmente pueda adoptar el contrato de prenda no determina necesariamente la exigencia de forma escrita si el contrato adopta estructura de negocio obligacional.

#### IV. EL ARTÍCULO 1.865 C.C. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DEL DERECHO DE PRENDA.

##### 1. Antecedentes históricos del artículo 1.865 en el Proyecto de 1851 y el Anteproyecto de 1882-1888

El artículo 1.774 del Proyecto de 1851<sup>105</sup>, precedente del actual 1.865, disponía: «El derecho de prenda, sea cualquiera la cantidad de la obligación principal, no surtirá

<sup>102</sup> Podría pensarse que, dado que la realización de la garantía presupone el incumplimiento del deudor, el crédito que el pignorante ostente frente a éste una vez ejecutada la misma, puede ser de difícil cobro. El riesgo asumido por el pignorante no nos parece, sin embargo, equiparable a un verdadero empobrecimiento.

<sup>103</sup> REUSS, «Comentario al parágrafo 518 del B.G.B.», en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, t. II, 12.ª ed., Berlín, 1978, p. 583; KOLHOSSER, ob. cit., p. 526.

<sup>104</sup> Así lo afirma la doctrina alemana. REUSS, ob. cit., p. 582; PUTZO, ob. cit., p. 526; KOLHOSSER, ob. cit., p. 526.

<sup>105</sup> Hay que resaltar que en el Proyecto de 1851 se regulaba el derecho de prenda como tal, sin hacerse referencia al contrato de prenda. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. IV, reimp. Barcelona, 1973, p. 171, dice, en relación a ello, que determinados códigos «definen la prenda como contrato, y luego complican sus efectos; nosotros... la definimos como derecho: nuestra definición es la holandesa, suprimido o referido su final».



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

efecto contra tercero, si no consta por instrumento público o privado, cuya fecha sea cierta, con arreglo al artículo 1.209<sup>106</sup>. Cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que conste en escritura pública o en una inscripción nominativa, no surtirá efecto contra tercero el derecho de prenda, sino desde que se inscriba en el protocolo o registro matriz». La primera parte de este artículo procedía del artículo 2.074 del Código francés que ya conocemos. Al igual que éste venía a imponer una regla de prueba frente a terceros de la existencia del contrato y es que, como ya se indicó, en el Proyecto de 1851 se instauró un sistema similar al francés en cuanto a la prueba de los actos jurídicos, exigiéndose que todos los contratos que superaran los 100 duros constasen por escrito<sup>107</sup>. A diferencia de su precedente francés, que requería la forma escrita para el contrato de prenda sólo por encima del valor fijado con carácter general para la exigencia de forma «ad probationem», el precepto que comentamos no hacía ninguna excepción a dicha exigencia formal ya que, según GARCÍA GOYENA, «los inconvenientes y temores son proporcionalmente los mismos en todos los casos»<sup>108</sup>. Conforme a este artículo, la prueba del contrato se regía entre las partes por las reglas generales pero, frente a terceros, no cabía otra prueba que la documental<sup>109</sup>.

Si el contrato de prenda se celebraba en documento privado era necesario además que éste tuviese fecha cierta —la escritura pública daba fe, por sí misma, de su fecha (art. 1.201)— lo que era una consecuencia del artículo 1.209 que limitaba la eficacia probatoria frente a terceros del documento privado y al cual se remitía, expresamente, el artículo 1.774. Esta remisión permitía entender que el documento podía adquirir fecha cierta por cualquiera de los medios previstos en este precepto, con lo que se evitaban las dudas surgidas en el Derecho francés en torno al artículo 2.074 que sólo aludía al registro como medio de dotar de fecha cierta a este tipo de documento. Pese a la generalidad con la que estaba redactado el artículo 1.774 —«el derecho de prenda... no surtirá efecto contra tercero»—, de los comentarios de GARCÍA GOYENA se infiere que los terceros a que se refería dicha norma eran aquellos frente a los cuales

---

<sup>106</sup> Decía el artículo 1.209: «La fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de un tercero, sino desde el día en que ha sido incorporado en un registro público, desde el de la muerte de uno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido escrito o inventariado por algún escribano o empleado público, procediendo por razón de su oficio». Este artículo tiene su fuente en el 1.328 del Código francés que examinamos anteriormente. (GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., t. III, p. 214).

<sup>107</sup> *Supra*, cap. I, apart. III, 1, C.

<sup>108</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, cit., t. IV, p. 175. Añadía este jurista: «los mismos autores franceses, a pesar de que su artículo 2.074 habla del caso de exceder la deuda de 150 francos, aconsejan como más prudente que este contrato se haga siempre por escrito, pues que en algún caso no será fácil volver a encontrar sus testigos, y se tendrá siempre la prueba en el instrumento».

<sup>109</sup> Así se desprende de los comentarios de GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, cit., t. IV, p. 175) al precepto que examinamos: «aquí no se trata del acreedor y del deudor; respecto de ellos regirán los artículos 1.001 y 1.002 (vid. cap. I, apart. III, 1, C); trátase de un privilegio contra terceros, que debe por esto mismo constar de modo indudable».

había de ejercitarse el derecho de prelación del acreedor pignoraticio y, por tanto, no todo tercero sino, específicamente, los restantes acreedores del pignorante que, según el indicado jurista, debían ser protegidos contra maquinaciones fraudulentas acordadas entre éste y el acreedor pignoraticio<sup>110</sup>. En relación con ello conviene señalar que, con independencia de que el crédito estuviese garantizado, el artículo 1.928 del Proyecto dotaba de preferencia frente a los créditos comunes a aquellos que constaran en escritura pública o en documento privado de fecha cierta conforme al citado artículo 1.209<sup>111</sup>. Es de notar, finalmente, que aunque el artículo que comentamos no exigía como el francés que el documento tuviese un contenido concreto, decía GARCÍA GOYENA<sup>112</sup> que «en nuestro artículo se da por supuesto, sin expresarse, que el contrato ha de contener la declaración de la deuda y la designación de la cosa que se da en prenda».

El artículo 4 del título del Anteproyecto de 1882 correspondiente al contrato de prenda<sup>113</sup> tomó como base el artículo 1.774 del Proyecto de 1851 y dispuso: «No surtirá efecto la prenda contra tercero, si no consta por instrumento público, cuya fecha sea cierta.» Si bien el artículo 1.774 del Proyecto de Goyena venía a hacer más rigurosas las reglas generales sobre la prueba exigiendo, cuando se trataba de hacer valer el derecho de prelación del acreedor pignoraticio, el documento como único medio de prueba, ha de tenerse en cuenta que en el Anteproyecto desapareció el sistema de tasa de la prueba establecido en el Proyecto isabelino: los contratos podían ser probados por cualquier

<sup>110</sup> Decía GARCÍA GOYENA, ob. cit. p. 175: «Del contrato de prenda nace el privilegio n.º 2 del artículo 1.296, que puede ser opuesto a terceros; y para que éstos no sean perjudicados, es necesario que el contrato tenga una fecha cierta, que excluya hasta la posibilidad de fraude y colusión entre el acreedor, detentor de la prenda, y su propietario. Sin esta precaución un deudor infiel, en el momento que viera que sus bienes muebles van a ser puestos bajo la mano de la ley, lograría a favor de inteligencias criminales sustraerlos a la acción de sus acreedores». Obsérvese, asimismo, el comentario transcrito en la nota anterior.

<sup>111</sup> El artículo 1.928 del Proyecto disponía: «Los diversos créditos contra un mismo deudor se pagarán, según el orden de precedencia, y sobre los bienes que se les asignan, en los grados siguientes: [...] Grado 5.º: Con el precio de los bienes no comprendidos en los artículos anteriores, los créditos que constan de escritura pública y aquellos cuya data sea cierta, según lo dispuesto en el artículo 1.209 [...]».

En el Derecho histórico español (Nov. Rec. 10, 24, 5) se tenía en cuenta, a la hora de determinar el orden de prelación de los créditos, si constaban o no documentalmente. En el conflicto entre acreedores meramente personales o en el conflicto entre acreedores que gozaban de privilegio de igual rango, prevalecían los que tuviesen su crédito consignado en instrumento público frente a los demás. Si lo tenían consignado en documento privado pero en papel sellado prevalecían frente a los que lo tenían en papel común. (Vid. ROMERO y GINZO, ob. cit., p. 296). El artículo 1.928 del Proyecto no estableció, sin embargo, ninguna gradación entre los créditos derivados de escritura pública y privada de fecha cierta equiparando unos y otros, adoptando en este punto, según explicaba GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, cit., t. IV, p. 294) el criterio establecido en el artículo 1.622 del Código de Vaud, porque, según el indicado jurista, en los supuestos del artículo 1.209 «cesa todo temor de fraude, y la fecha del instrumento privado hace fe contra un tercero».

<sup>112</sup> *Concordancias*, cit., t. IV, p. 175.

<sup>113</sup> El Anteproyecto se refiere a la prenda como contrato y no como derecho real como el Proyecto de Goyena.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

medio con independencia de su valor<sup>114</sup>. Ello significa que la norma que comentamos, que continuaba exigiendo que el contrato de prenda constara por escrito —aunque sólo en escritura pública—, no puede considerarse ya un reforzamiento de las reglas generales sobre la prueba sino una regla independiente dirigida a establecer la forma pública como presupuesto de oponibilidad del derecho de prelación del acreedor pignoraticio (aunque este precepto siguió manteniendo la redacción de su precedente en el Proyecto que hablaba de eficacia frente a terceros del «derecho de prenda» —y no del «privilegio» o derecho de prelación del acreedor pignoraticio— tal expresión ha de entenderse, en nuestra opinión, en el mismo sentido que tenía en aquél). Desde un punto de vista funcional, sin embargo, no existe gran diferencia entre una y otra norma (la del Proyecto y la del Anteproyecto) puesto que, como se ha podido comprobar, requerir la forma escrita como único medio de prueba para hacer valer el «privilegio» del acreedor pignoraticio equivale a exigirla como requisito de oponibilidad del mismo.

Destaca el hecho de que en el Anteproyecto desapareciera la posibilidad de que el contrato de prenda constara en documento privado de fecha cierta, exigiéndose exclusivamente la escritura pública. Esta modificación coordina con la supresión de la regla que, en el Proyecto de 1851, equiparaba los créditos constantes en documento privado de fecha cierta a los documentados en escritura pública a efectos de prelación, gozando en el Anteproyecto de preferencia sólo estos últimos<sup>115</sup>. En cualquier caso, toda vez que se exigía la forma pública para el contrato de prenda, probablemente porque se la consideraba un medio más apto para dar certidumbre a la existencia de la convención, la referencia a la fecha cierta resultaba innecesaria puesto que la escritura pública daba fe frente a terceros de la misma (art. 1.235).

### 2. Interpretación actual del artículo 1.865 C.c.

Suele decirse que la forma del contrato de prenda es libre y se rige por las reglas generales (arts. 1.278 y ss. C.c.) pues, con independencia de que la necesidad de entrega del bien pignorado (art. 1.863 C.c.) sea considerada por algunos autores como un requisito formal análogo al requerido para la donación de bienes muebles<sup>116</sup>, no se exige ninguna forma (documental) específica para la validez del contrato de prenda<sup>117</sup>,

<sup>114</sup> *Supra*, cap. I, apart. III, 1, D.

<sup>115</sup> El artículo 14 del título «De la concurrencia y prelación de créditos» del Anteproyecto establecía en su número tercero que gozaban de preferencia «los créditos que, sin privilegio especial, consten: A. En escritura pública. B. Por sentencia firme, si hubieren sido objeto de litigio».

<sup>116</sup> DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 236 y 237.

<sup>117</sup> SCAEVOLA-APALATEGUI, ob. cit., p. 354; MANRESA, ob. cit., p. 564; LACRUZ-SANCHO, *Derechos reales limitados*, cit., p. 152; ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 253; SERRANO ALONSO, ob. cit., p. 1879.

limitándose el artículo 1.865 a disponer, como sabemos, que «no surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha». En lugar de requerir este precepto, como su precedente en el Anteproyecto, que el contrato de prenda conste en instrumento público de fecha cierta –la alusión a la fecha cierta, como hemos dicho, resultaba superflua– exige que conste por escritura pública la certeza de la fecha como si ésta fuese la única mención que debiera contener el documento<sup>118</sup>. Recuérdese, sin embargo, que el fundamento de la exigencia formal aplicable al contrato de prenda se encuentra, no sólo en la necesidad de dotar de fecha cierta al convenio, sino además en la necesidad de probar de manera segura la efectiva celebración del contrato y el contenido del mismo con el fin de evitar en lo posible, de un lado, su simulación y, de otro, la fraudulenta sustitución del objeto dado en prenda –con posterioridad a la celebración del contrato– o la modificación de la cuantía del crédito garantizado. Si se tiene esto en cuenta es lo lógico entender que en la escritura pública ha de plasmarse todo el contenido contractual y, específicamente, ha de determinarse el bien que se pignora y el importe del crédito garantizado.

Dado que del artículo 1.865 parece deducirse que lo importante es que la fecha del contrato conste fehacientemente se ha planteado en la doctrina la posibilidad de que la exigencia de forma se cumpla, igualmente, si el contrato consta en documento privado de fecha cierta conforme al artículo 1.227<sup>119</sup>. La supresión en el Anteproyecto de la posibilidad –prevista en el Proyecto de Goyena– de que el contrato de prenda se plasmara en documento de tales características, unida a la supresión de la equiparación de los créditos constantes en documento privado de fecha cierta a los derivados de escritura pública a efectos de prelación (y la subsistencia de tales modificaciones en el Código) hace pensar que fue voluntad del legislador el unir el derecho de prelación del acreedor pignoraticio –o el que se otorgaba a los créditos especialmente documentados– a la formalización del contrato en escritura pública y no meramente privada. Cabría pensar, no obstante, que la finalidad a que sirve la forma en el contrato de prenda se obtiene tanto si el contrato consta en escritura pública como si se plasma en documento privado de fecha cierta. Ahora bien, de admitirse esta posibilidad, ha de evitarse, en nuestra opinión, una ampliación excesiva del precepto, como la que puede derivarse de la aplicación de la doctrina jurisprudencial que entiende que la fecha de

<sup>118</sup> Así lo entiende MANRESA, ob. cit., p. 563.

<sup>119</sup> Vid. GUILARTE, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., pp. 422, 423; ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 253. Este último autor entiende que «como el Código sólo se ocupa de la constitución de la prenda por contrato» la necesidad de escritura pública se circunscribe a éste, de manera que «en los demás casos, se aplicarán las reglas generales y, en concreto, el artículo 1.227». SCAEVOLA-APALATEGUI, ob. cit., p. 357, opina que el contrato de prenda puede constar indistintamente en escritura pública o en documento privado en que concurren alguna de las circunstancias del artículo 1.227.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

un documento privado puede probarse frente a tercero por cualquier medio y que el artículo 1.227 sólo opera cuando se cuenta con el documento como único medio de prueba<sup>120</sup>.

En la medida que todo derecho real implica de por sí una eficacia «erga omnes» lo dispuesto en el artículo 1.865 ha llevado a algún autor a estimar que el propio nacimiento del derecho real queda supeditado a la observancia de forma pública y que, sin el otorgamiento de la escritura, existirán relaciones meramente obligacionales<sup>121</sup>. El contrato de prenda no documentado en escritura pública, aun cuando haya mediado la entrega de la cosa, no genera, desde este punto de vista, un derecho real.

SERRANO ALONSO rebate esta opinión argumentando que la misma implica una clara contradicción con otros preceptos que regulan el derecho real de prenda ya que en ningún momento se exige el otorgamiento del contrato en escritura pública para la constitución del derecho real, debiendo estarse a la fórmula general de constitución y adquisición de los derechos reales establecida en el artículo 609 C.c.. Este autor deja, sin embargo, vacío de contenido el artículo 1.865 ya que afirma que ninguna de las facultades del acreedor pignoraticio —una vez constituida la prenda mediante la entrega de la posesión— puede supeditarse en su ejercicio a la observancia de lo dispuesto en el citado artículo<sup>122</sup>.

No faltan autores que estiman que los terceros a que se refiere el artículo 1.865 son los restantes acreedores del deudor pignorante (o del pignorante no deudor)<sup>123</sup>. Del examen de los antecedentes históricos del artículo 1.865 se desprende que ésta es la interpretación correcta. La documentación del contrato de prenda se exigía originariamente como indispensable para la prueba del mismo cuando se pretendía hacer valer el derecho de prelación del acreedor prendario frente a otros acreedores, haciendo más rigurosas las reglas generales en torno a la prueba del contrato. Cuando desaparece en el Anteproyecto la exigencia de forma «ad probationem» para los contratos que supe-

---

<sup>120</sup> Vid. *infra*, capítulo VII, apart. I.

<sup>121</sup> Cfr. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales*, cit., p. 374; COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, rev. y puesto al día por Cossío y Martínez y León Alonso, Madrid, 1988, p. 337; en semejante sentido, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III, 3.º, cit., p. 32.

<sup>122</sup> SERRANO ALONSO, ob. cit., pp. 1879 y ss.

<sup>123</sup> GUILARTE, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., pp. 421, 422, estima que terceros, a los efectos del artículo 1.865, son fundamentalmente «los acreedores del pignorante que por la existencia de la prenda ven frustradas sus expectativas actuales de cobrar su crédito con cargo a la cosa empeñada al sustraerse del patrimonio del deudor a los efectos de la responsabilidad general» y señala que el artículo 1.865 no podrá ser invocado por el tercer adquirente de la cosa empeñada o por presuntos titulares de derechos reales sobre ella.

En semejante sentido LACRUZ-SANCHO, *Derechos reales limitados*, cit., p. 302, quien opina que el tercero aludido en el artículo 1.865 «será, normalmente, otro acreedor del mismo pignorante; así, para que tenga efecto la preferencia que al acreedor pignoraticio conceden los artículos 1.922.2 y 1.926.1 es inexcusable el cumplimiento de este artículo 1.865».

rabán un determinado valor, lo que inicialmente era una regla de prueba frente a terceros (los restantes acreedores) de la existencia del contrato se transforma en una regla que regula la oponibilidad frente a terceros del derecho de prelación derivado del contrato. También han de considerarse, desde nuestro punto de vista, terceros a los efectos del artículo 1.865, los distintos acreedores pignoratícios en la hipótesis de constitución de varias prendas sobre un mismo objeto<sup>124</sup>, supuesto en el cual entre los distintos acreedores prendarios rige el principio de prioridad en la constitución de la prenda a la hora de determinar la preferencia para el cobro<sup>125</sup>.

Ha de rechazarse, sin embargo, que pueda prevalecerse de la falta de forma cualquier tercero como, por ejemplo, un adquirente de derechos reales sobre el objeto pignorado o, como pretende SCAEVOLA-APALATEGUI<sup>126</sup>, el propio deudor en la hipótesis de constitución de la prenda por un tercero. En relación a los causahabientes a título particular del propietario del bien pignorado se considera suficiente la protección que se deriva de la falta de posesión del pignorante. Este hecho les pone sobre aviso de la existencia del derecho de otro sujeto sobre el bien objeto de la enajenación lo que impide considerarlos terceros de buena fe<sup>127</sup>, con independencia, además, de que, conforme al sistema del título y el modo, la desposesión del pignorante impida la consumación de la transmisión mediante la tradición<sup>128</sup>.

Si, como se ha indicado, la forma requerida en el artículo 1.865 no es necesaria más que para la oponibilidad del derecho de prelación del acreedor pignoratício –aunque bien podría decirse que es presupuesto de existencia del mismo puesto que tal derecho se agota en el acto de exigir, frente a los demás acreedores, que se le pague con preferencia a éstos– no parece que pueda afirmarse que dicha forma es condición de existencia del propio derecho real a no ser que se identifique, como hace la jurisprudencia italiana, el derecho de preferencia del acreedor pignoratício –que no es sino

<sup>124</sup> La doctrina admite la posibilidad de constituir varias prendas sobre la misma cosa, bien entregando la posesión de la cosa a un tercero, bien porque el primer acreedor pignoratício se muestre conforme en poseer también por otros acreedores (PÉREZ y ALGUER, *Notas al Derecho de cosas* de Enneccerus-Wolff, vol. 2.º, cit., pp. 491 y ss.; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 507; GUILARTE, ob. cit., pp. 402, 404).

<sup>125</sup> También en este caso, para que cualquiera de los acreedores prendarios pueda hacer valer su derecho frente a los que adquirieron el derecho de prenda con posterioridad, será necesario que la constitución de la garantía se haya documentado en escritura pública conforme al artículo 1.865 C.c. En este sentido se pronuncia la doctrina francesa en torno al artículo 2.074 del Code. MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 64; MAZEAUD-RANOUIL y CHABAS, ob. cit., p. 90. Lo mismo dice en el Derecho italiano, GORLA, ob. cit., p. 94.

<sup>126</sup> Dice SCAEVOLA-APALATEGUI, ob. cit., p. 355, que terceros «serán todos los que no han intervenido en el contrato de prenda y, por tanto, el mismo deudor principal será tercero cuando haya sido otra persona la que haya ofrecido los bienes en garantía pignoratícia».

<sup>127</sup> RUBINO, *Il pegno*, cit., p. 227; GORLA, *Del pegno*, cit., pp. 92, 93; CICARELLO, ob. cit., p. 695, texto y nota 123.

<sup>128</sup> GUILARTE, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, cit., p. 422.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

un efecto, quizá el más característico del derecho de prenda— con la garantía misma<sup>129</sup>, en cuyo caso habría que concluir afirmando, igualmente, que los créditos privilegiados son derechos reales<sup>130</sup>. Conviene examinar, no obstante, cómo afecta la inoponibilidad —o inexistencia— del derecho de prelación del acreedor prendario a las restantes facultades que constituyen el contenido del derecho de prenda.

Nos parece claro, en primer lugar, que, una vez entregada la cosa, y aunque el contrato no se haya documentado en escritura pública, el acreedor tiene derecho a retenerla (art. 1.866) hasta que se le pague la totalidad de la deuda<sup>131</sup>. El derecho de retención que compete al acreedor pignoraticio se ejercita, en principio, frente a la otra parte contratante —el pignorante— por lo que la falta de forma —incluso de mantenerse que la inobservancia del artículo 1.865 implica la ineficacia del derecho de prenda frente a cualquier tercero— no puede afectarle. Ahora bien, dado que se piensa que el derecho de retención inherente a la garantía prendaria cumple una función instrumental en cuanto permite al acreedor pignoraticio, no sólo constreñir al pago al deudor (en el supuesto en que éste sea a su vez pignorante), sino también ejercitar su derecho de preferencia reteniendo el bien pignorado en tanto no se le pague (v. gr. negándose a restituir el bien frente al adjudicatario en los casos de embargo y ejecución del mismo)<sup>132</sup>, cabe preguntarse si, cuando el contrato de prenda no está convenientemen-

<sup>129</sup> Esta es la idea que parece adoptar PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, III, 3.º, cit., pp. 32, 33, quien afirma que «hablar de derecho real es tanto como decir eficacia frente a terceros... cuando se trata de un derecho real de realización de valor, la preferencia sobre el producto de la venta es un requisito esencial. Es cierto que el desplazamiento posesorio y la retención por parte del acreedor bastarían para ejercer presión sobre la persona del deudor. Pero el derecho de prenda ha de tener además eficacia frente a terceros en la medida en que implica un privilegio o preferencia sobre el producto de la venta de la cosa pignorada».

<sup>130</sup> En el Derecho español se entiende que el privilegio no implica derecho real alguno, de hecho, no se le considera un derecho subjetivo sino una mera cualidad del crédito (sobre ello vid. GULLÓN, *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, 1922, pp. 157 y ss.). En los casos en que el privilegio va unido a un derecho real de garantía, dice Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 753, que «el carácter real no es una consecuencia específica del privilegio sino del carácter que tiene la garantía de que el privilegio es consecuencia». No parece que la preferencia para el cobro que el derecho de prenda implica para el acreedor pignoraticio pueda ser lo que determina su carácter real. Este viene dado más bien por la reipersecutoriedad y el «ius distrahendi» que son propios a la garantía prendaria. En relación a ello, dice JORDANO FRAGA, «Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 1987», *CCJC*, 1987, p. 4784, que la garantía real se distingue del privilegio en que «mientras la primera supone consustancialmente la reipersecutoriedad, el segundo en cuanto tal nunca la lleva aparejada... El acreedor privilegiado sólo puede hacer valer su preferencia sobre el valor de los bienes a que el privilegio se refiere en la medida en que dichos bienes pertenezcan a su deudor, pero nunca cuando esos bienes han salido del patrimonio de éste para pasar al de un tercero. En otras palabras, el acreedor privilegiado, por el solo hecho del privilegio, no adquiere un poder directo sobre las cosas a que se refiere el privilegio (reipersecutoriedad)». En el mismo sentido, LACRUZ *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *Delito y cuasidelito*, 2.ª ed., Barcelona, 1985, p. 389.

<sup>131</sup> RICCI, ob. cit., p. 26; MESSINEO, «*La scrittura nella costituzione del pegno*», cit., p. 330.

<sup>132</sup> MAZEAUD-RANOUIL y CHABAS, ob. cit., p. 97; MARTY y RAYNAUD-JESTAZ, ob. cit., p. 67; NAPOLETANO, BARBIERI y NOVITÁ, ob. cit., p. 435.

te documentado, el acreedor pignoraticio puede oponer su derecho de retención —es obvio que no puede interponer, para defenderse, tercería de mejor derecho— frente a los acreedores del pignorante que embarguen el bien empeñado<sup>133</sup>. En el Derecho francés la solución es la afirmativa ya que se piensa con carácter general que el derecho de retención es una «excepción de oponibilidad absoluta» («exception à opposabilité absolue») que permite al retentor negarse a restituir el bien frente a cualquier tercero en tanto no se le pague íntegramente<sup>134</sup>. En el Derecho italiano la jurisprudencia ha entendido, en algún caso, que el derecho de retención es oponible a los acreedores embargantes pudiendo negarse el retentor a la restitución hasta el momento de la enajenación forzosa, en cuyo caso concurre sobre el precio de la misma con los restantes acreedores<sup>135</sup>. La solución en nuestro Derecho dependerá, obviamente, de la postura que se adopte en torno a la posible eficacia frente a terceros del derecho de retención aunque hay que decir que gran parte de la doctrina tiende a considerar el derecho de retención como una facultad-excepción oponible «erga omnes» que legitima al retentor a rehusar la restitución frente a todo aquel —aunque no sea el deudor— que ejercite una acción personal o real de restitución<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> En la doctrina española se admite la posibilidad de que el acreedor pignoraticio oponga a los acreedores embargantes su derecho de retención pensando siempre en la hipótesis en que la prenda se constituye conforme a lo establecido en el artículo 1.865 C.c. Así, se indica que el acreedor pignoraticio puede negarse a la desposesión «hasta tanto no le haya sido satisfecha su obligación o asegurada convenientemente» (GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 427, citando a PUIG PEÑA, aunque señala, no obstante, que debe distinguirse si la obligación garantizada está o no vencida. Si lo está entiende que lo lógico es que el acreedor haga valer su derecho de prelación para el cobro pudiendo oponer su derecho de retención únicamente en el segundo caso).

COVIÁN, ob. cit., pp. 390, 391, estima que el acreedor pignoraticio puede oponer a los acreedores embargantes, además de su «ius praelationis», su derecho de retención.

<sup>134</sup> Vid. DERRIDA, voz «Rétention», en *Encyclopédie Dalloz*, t. VII, pp. 10-12; MAZEAUD-RANOUIL y CHABAS, ob. cit., p. 143.

<sup>135</sup> NAPOLETANO, BARBIERI y NOVITÁ, ob. cit., p. 7. Esta solución es, sin embargo, meramente ejemplificativa ya que en el Derecho italiano la cuestión de la eficacia frente a terceros del derecho de retención no está en modo alguno resuelta. Así, los autores antedichos se inclinan a sostener la eficacia meramente «inter partes» del derecho de retención (p. 435). A favor de la eficacia «erga omnes» del derecho de retención, D'AVANZO, voz «Ritenzione», en *Novissimo Digesto italiano*, t. XVI, p. 179. BARBA, voz «Ritenzione» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XL, pp. 1383 y ss., lo considera oponible a los terceros adquirentes pero duda en cuanto a su oponibilidad frente a otros acreedores del propietario del bien retenido.

<sup>136</sup> Así, BELTRÁN DE HEREDIA, *El derecho de retención en el Código civil español*, Salamanca, 1955, pp. 84, 85; JORDANO FRAGA, ob. cit., pp. 4773 y ss.; LACRUZ *Derecho de obligaciones*, 1.º, cit., p. 364; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 411; también SALVADOR CODERCH en su «Comentario al artículo 1.600 C.c.» (*Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1212), admite la eficacia frente a terceros del derecho de retención. DEL POZO CARRAS-COSA, *El Derecho de retener en prenda del depositario*, Barcelona, 1989, p. 104, señala expresamente que «en caso de trabarse embargo sobre la cosa retenida, como estos terceros acreedores no pueden tener más derechos sobre ella que los que tiene el propio deudor, verán la traba gravada con el derecho de retención». Anteriormente VIÑAS MEY «El derecho de retención», en *RDP*, 1922, pp. 106, 108, defendía la oponibilidad «erga omnes» del derecho de retención pero considerándolo un derecho real.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

Tampoco el «ius distrahendi» del acreedor pignoraticio se encuentra condicionado a la documentación del contrato en escritura pública. Se trata de una facultad que ostenta el acreedor prendario frente al deudor. Aquél puede instar la ejecución de la prenda sin que el deudor pueda oponerle la inobservancia del requisito formal previsto en el artículo 1.865 C.c.<sup>137</sup>. Ahora bien, si otros acreedores del pignorante cuyos créditos sean de carácter privilegiado (no si se trata de acreedores comunes) exigen que se les pague con el producto del bien ejecutado con preferencia al acreedor pignoraticio ejecutante, éste, en la medida que carece de derecho de prelación, sólo podrá hacer efectivo su crédito con el producto restante. Es evidente que en este caso la garantía del acreedor prendario queda disminuida pero, si no existe otro acreedor con un crédito privilegiado (o no lo hace valer en el momento oportuno), es posible que aquél pueda ver plenamente satisfecho su derecho de crédito cobrándose con el importe obtenido tras la ejecución del bien pignorado<sup>138</sup>.

El acreedor pignoraticio que se vea perturbado en su posesión ostenta, obviamente, la protección interdictal correspondiente, con independencia de que el contrato de prenda esté o no documentado en la forma requerida en la ley. Más dudoso

---

LÓPEZ y LÓPEZ, *Retención y mandato*, Bolonia, 1976, pp. 41 y ss., defiende, por el contrario, la eficacia meramente «inter partes» del derecho de retención.

<sup>137</sup> RICCI, ob. cit., p. 27; GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 418, dice que, aun cuando el contrato de prenda no esté adecuadamente documentado, «incumplida la obligación garantizada, el acreedor está legitimado para instar la realización de valor de la cosa gravada por el procedimiento específico y propio que la ley establece para las garantías reales, facultad que no corresponde al simple acreedor no asistido de una garantía de la expresada naturaleza».

STOLFI, «*Scrittura con data certa...*», cit., pp. 130, 132, entiende que el bien pignorado queda sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada aunque haya salido del patrimonio del deudor de manera que el acreedor pignoraticio podrá instar la realización de valor del bien cualquiera que sea el propietario del mismo.

Hay que observar que, además de acudir al procedimiento del artículo 1.872 C.c., el acreedor pignoraticio tiene la posibilidad de instar la realización de valor del bien pignorado mediante el procedimiento ordinario de ejecución (ALBALADEJO, *Derechos reales limitados*, cit., p. 248; GUILARTE, ob. cit., p. 458).

<sup>138</sup> En el procedimiento ordinario cualquier acreedor, aunque se trate de un acreedor común, no privilegiado, tiene la posibilidad de cobrar el importe de su crédito con la venta de los bienes ejecutados independientemente de que existan otros acreedores del mismo deudor (art. 1.520 L.E.C.). A no ser que un acreedor preferente interponga tercera de mejor derecho (lo que sólo puede hacer si realmente es un acreedor preferente, o sea, si tiene un crédito de carácter privilegiado) el acreedor ejecutante, aun cuando su crédito no vaya acompañado de un privilegio para el cobro, tiene derecho a que se le entregue el producto de la venta con independencia de los demás acreedores del deudor (Vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal civil*, III, *La ejecución forzosa*, 3.ª ed., Madrid, 1992, pp. 316 y ss.).

En el proceso de ejecución ordinario los acreedores comunes del deudor o pignorante no pueden impedir al acreedor prendario que ejecuta el bien dado en prenda, aunque carezca de derecho de prelación, que cobre el importe de su crédito sobre el valor de los bienes pignorados. Hay que entender que tampoco podrán hacerlo si utiliza el procedimiento extrajudicial. Sólo si algún acreedor con un crédito privilegiado hace valer su carácter de acreedor preferente el acreedor pignoraticio se verá relegado.

resulta el que pueda ejercitar las acciones que le confiere el artículo 1.869.2<sup>139</sup> para reclamar la cosa o defenderla de un tercero, pero si nos atenemos al fundamento de la exigencia formal del artículo 1.865 parece que hay que mantener la solución afirmativa<sup>140</sup>.

Hay que hacer notar, por otra parte, que el acreedor pignoraticio cuyo derecho de prenda no resulta de escritura pública carece de derecho de abstención en los casos de concurso, quiebra o suspensión de pagos, y del derecho a exigir la ejecución separada de su crédito sobre los bienes pignorados. El derecho de abstención va ligado a la preferencia para el cobro: tienen derecho de abstención los acreedores comprendidos en los artículos 1.922, 1.923 y 1.924 C.c. (art. 1.917 C.c.) por lo que hay que entender que carece de él el acreedor prendario cuando el contrato constitutivo de la garantía no consta en escritura pública<sup>141</sup>. Asimismo, el beneficio de separación tiene como objeto permitir el cobro preferente del crédito garantizado<sup>142</sup>, lo que implica, obviamente, que el acreedor pignoraticio que carece de derecho de prelación no goza de tal facultad<sup>143</sup>.

Se cuestiona la aplicabilidad del artículo 1.865 cuando el contrato de prenda recae sobre un derecho de crédito. En el Derecho español la opinión dominante estima que la figura del derecho sobre derecho implica en realidad una transmisión del derecho básico con determinados fines (goce o garantía)<sup>144</sup>, indicándose, respecto de la

<sup>139</sup> Algunos autores interpretan el párrafo segundo del artículo 1.869 como un supuesto de subrogación del acreedor en el lugar del dueño de la prenda o como una «cesión útil» de las acciones que competen a éste. Otros piensan que se trata, más bien, de que el acreedor pignoraticio tiene, para defender su derecho de prenda, acciones análogas a las que corresponden al propietario, como un derecho propio dirigido a garantizar la efectividad del contenido de la propia garantía y sin que el acreedor prendario accione siempre en sustitución del propietario. (Por todos, vid. GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 444 y ss.; SERRANO ALONSO, ob. cit., pp. 1887 y 1888).

<sup>140</sup> El artículo 2.789 C.c. italiano dispone que «el acreedor que haya perdido la posesión de la cosa recibida en prenda, además de las acciones en defensa de la posesión, puede también ejercitar la acción de reivindicación, si aquella corresponde al constituyente». La doctrina italiana entiende que la inobservancia de la forma prescrita en el artículo 2.787 no afecta a la posibilidad de defensa del acreedor pignoraticio prevista en el artículo transcrito. STOLFI, «*Scrittura con data certa...*», cit., p. 130.

<sup>141</sup> El artículo 900 C.com. reconoce derecho de abstención en los convenios adoptados por la Junta de acreedores del quebrado a «los acreedores singularmente privilegiados, los privilegiados y los hipotecarios». Asimismo, el artículo 15,3 de la Ley de Suspensión de Pagos se remite al artículo 913 (n.ºs 1, 2 y 3) C.com. para determinar los acreedores con derecho de abstención que son, igualmente, los singularmente privilegiados, los privilegiados que tuvieron consignado un derecho preferente en el propio Código de comercio y los privilegiados por derecho común.

<sup>142</sup> GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit. p. 464.

<sup>143</sup> Téngase en cuenta que el artículo 918 del Código de Comercio supedita la posibilidad de no llevar a la masa los objetos recibidos en prenda a que la misma se encuentre «constituida por escritura pública o en póliza intervenida por agente o corredor».

<sup>144</sup> Vid. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1944, pp. 595 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, vol. 2.º, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 11.ª ed., Barcelona, 1991, pp. 17, 18; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. 1.º, 7.ª ed., Madrid, 1990, p. 445.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

prenda de créditos, que genera una especial cotitularidad que afecta al lado activo del crédito sin alteración de la deuda<sup>145</sup> o que implica un desgajamiento y transmisión al cesionario de determinadas facultades integrantes del crédito cedido<sup>146</sup>. Ello plantea la duda de si el contrato de prenda de créditos o cesión de créditos en garantía debe constar en documento público conforme al artículo 1.865 o basta que conste en documento privado de fecha cierta como prevé el artículo 1.526 C.c. para la cesión de créditos<sup>147</sup>

<sup>145</sup> PEÑA, *Derechos reales*, cit., p. 380; SERRANO ALONSO, ob. cit., p. 1.878.

<sup>146</sup> PANTALEÓN, «Cesión de Créditos», *ADC*, 1988, p. 1053.

<sup>147</sup> PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., pp. 1055, 1045, dice que, si bien es indudable que, para que la prenda de créditos pueda resultar probada en contra de terceros es preciso que conste en un documento de fecha cierta anterior, puede dudarse si basta que se trate de documento privado (art. 1.526) o es necesario que sea un instrumento público (art. 1.865), inclinándose por la primera postura.

La doctrina considera aplicable, mayoritariamente, la exigencia de escritura pública contenida en el artículo 1.865 C.c., a la prenda de créditos. Así, ROSENDE, «La prenda de créditos», en *RCDI*, 1927, t. II, p. 657; GUILARTE, ob. cit., p. 415; MANZANARES SECADES, «Algunas notas sobre la prenda de dinero», en *ADC*, 1986, p. 1.307.

DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., pp. 598, 599, dice que la prenda de un simple crédito podrá tener eficacia en el derecho español «mediante el mecanismo de la cesión, comunicada al deudor (art. 1.527 C.c.) que conste en instrumento público (art. 1.865 C.c.)». En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 810; PEÑA, *Derechos reales*, cit., p. 380, dice que «pueden conseguirse efectos prácticos análogos a la prenda a través de la cesión de créditos en concepto de garantía o prenda, cumpliendo con los requisitos de la cesión y, entre ellos: la notificación al deudor del crédito sobre el que se constituye la prenda (art. 1.527), y, para que tenga efectos respecto de terceros, la constancia en instrumento público (arts. 1.865 y 1.526)».

En relación a la necesidad de notificación para la pignoración del crédito observa PANTALEÓN, ob. cit., p. 1044, que «la notificación al deudor de la pignoración del crédito existente contra él no es requisito de eficacia de la prenda ni “inter partes” ni frente a terceros deudor incluido», como no lo es de la cesión del crédito, si bien el deudor que pague al acreedor del crédito dado en prenda quedará liberado si no tuvo conocimiento de la pignoración. La aplicación de la normativa de la cesión a la prenda de créditos —en cuanto ésta se considere una cesión limitada con fines de garantía— ha de llevar a la conclusión antedicha (vid. *infra*, capítulo VII, apartado IV, 2). No obstante, hay que señalar que la mayoría de los autores considera necesaria la notificación al deudor para la pignoración del crédito, más que porque interpreten que así resulta de la aplicación del artículo 1.527 (ha sido común en nuestra doctrina entender que este precepto implica que la cesión del crédito no es eficaz frente al deudor en tanto no se le notifique la misma), porque se considera que la notificación que se realice al deudor determina la indisponibilidad del crédito para el pignorante y equivale, por tanto, a la entrega de la posesión necesaria para la constitución de la prenda (así, PÉREZ y ALGUER, *Notas al Derecho de cosas* de Enneccerus-Wolff, vol. 2.º, 3.ª ed. al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1971, p. 507; ROSENDE, ob. cit., pp. 657 y ss.; CAPÓ BONNAFOUS, «Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos», en *RCDI*, 1931, p. 293; GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 414, 415; ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 267; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., pp. 508, 509). En este sentido dice MANZANARES SECADES, «Prenda de dinero y prenda de créditos. Comentario a la S.T.S. de 19 de septiembre de 1987», en *ADC*, 1988, p. 1396, que la notificación «en materia de prenda de créditos es obligatoria para sustituir al requisito de la puesta en posesión... así como una cesión de créditos no notificada al deudor cedido es perfectamente válida (si bien estará en juego el art. 1.198 y además el deudor se liberará si ignorando la cesión paga al acreedor cedente) una prenda de créditos sin notificación al deudor del crédito dado en prenda nos tememos que no existiría como tal derecho de prenda». Lo mismo viene a decir en «Algunas notas sobre la prenda de dinero», cit., p. 1302.

(obviamente la discusión no tendría sentido si se entendiera, como hacen algunos autores<sup>148</sup> que lo decisivo a efectos del artículo 1.865 es que el contrato tenga fecha cierta, conste ésta en documento privado o en documento público). La solución a esta cuestión requiere un examen detenido de la figura de la prenda de créditos, lo que excede del ámbito de este trabajo. Baste decir que, en nuestra opinión, y si se tiene en cuenta que la prescripción formal del artículo 1.865 condiciona la oponibilidad —o la existencia— del derecho de prelación del acreedor pignoraticio, la solución dependerá de que se entienda que el acreedor pignoraticio o cesionario del crédito en garantía, ostenta, frente a los restantes acreedores del pignorante<sup>149</sup>, un derecho de prelación análogo al del acreedor pignoraticio en la prenda de cosas corporales o se entienda, en cambio, que tiene la misma protección que corresponde a un cesionario<sup>150</sup>.

Cuando se trata de una prenda irregular, es decir, de aquella que tiene como objeto cosas fungibles, generalmente dinero, el acreedor pignoraticio adquiere la propiedad de los bienes naciendo un crédito a la restitución del «tantundem» en favor del pignorante. La garantía se actúa imputando lo recibido por el acreedor pignoraticio a la obligación garantizada en la hipótesis en que el deudor incumpla la obligación<sup>151</sup>. En la medida que la denominada «prenda irregular» no se considera una verdadera prenda y se entiende que el acreedor «pignoraticio» no goza de la preferencia para el cobro del artículo 1.922.2 C.c.<sup>152 153</sup>, se afirma que el artículo 1.865 C.c. no es de apli-

<sup>148</sup> Vid. *supra*, nota 119.

<sup>149</sup> Frente a los acreedores del deudor del crédito pignorado, el acreedor pignoraticio no tiene más privilegio que el que correspondería al pignorante, es decir, el inherente al crédito dado en prenda si éste está comprendido entre los privilegiados. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., p. 597, nota 2, «in fine»; MANZANARES, «Algunas notas sobre la prenda de dinero», cit., p. 1308.

<sup>150</sup> Así, dice PEÑA, *Derechos reales*, cit., p. 380, nota 29, que el acreedor pignoraticio puede exigir la venta forzosa del crédito por analogía con la prenda ordinaria pero añade que «sobre el importe tiene preferencia —como cesionario— sobre los acreedores del acreedor».

<sup>151</sup> Vid. VIÑAS MEY, «La prenda irregular», en *RDP*, 1925, pp. 342 y ss.; ALBALADEJO, *Derechos reales en cosa ajena*, cit., p. 252; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, III, cit., p. 508; GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 412, 413; MANZANARES SECADES, «Algunas notas sobre la prenda de dinero», cit., p. 1300; JORDANO FRAGA, «Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito, sobre la pignoralidad de una imposición a plazo fijo (Comentario a la Sentencia de 18 de julio de 1989)», en *ADC*, 1990, fasc.I, pp. 307 y ss.

<sup>152</sup> GUILARTE, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, cit., p. 412; MANZANARES SECADES, «Algunas notas sobre la prenda de dinero», cit., p. 1301.

JORDANO FRAGA, «Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito», cit., p. 327 dice: «la verdad es que no hay prenda, ni derecho real, ni privilegio, pero sí (automática) extinción de las deudas en la cantidad concurrente, como consecuencia de esa imputación-compensación impropia, a través de la cual se realiza la función de garantía de la prenda irregular».

<sup>153</sup> Los acreedores del «pignorante» no pueden, en rigor, embargar el dinero (o los bienes fungibles entregados) puesto que éstos pasan a formar parte del patrimonio del acreedor «pignoraticio» (en caso de embargo éste debería interponer tercería de dominio), únicamente pueden embargar el crédito del «pignorante» a la restitución de la suma entregada (MANZANARES SECADES, «Algunas notas sobre la prenda

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

cación<sup>154</sup>. Hasta aquí hemos venido manteniendo que la documentación del contrato de prenda en escritura pública no es presupuesto de una genérica eficacia frente a terceros de la garantía prendaria, sino, exclusivamente, presupuesto de la oponibilidad –o, si se quiere, de la existencia– del derecho de prelación que de ella deriva. Desde este punto de vista, la doctrina italiana ha encuadrado la forma documental requerida para el contrato de prenda en la categoría de la *forma complementaria*, también llamada *forma ad regularitatem* o *forma integrativa*<sup>155</sup>, que, como se recordará, consiste en aquella forma que es requerida por la ley para que el contrato despliegue su eficacia típica o produzca un concreto efecto<sup>156</sup>. El contrato de prenda es válido y eficaz cualquiera que sea su forma de celebración –y con independencia de que la prestación del consentimiento vaya o no acompañada de la entrega de la cosa– por lo que el acreedor pignoraticio podrá exigir, en caso de no haberse celebrado éste en escritura pública, la formalización del mismo ex artículo 1.279 C.c. con el objeto de dotar de plenos efectos a la garantía prendaria (lo que sólo conseguirá si la documentación del contrato tiene lugar antes de que los terceros hayan adquirido derechos sobre el bien pignorado que puedan

---

da de dinero», cit., p., 1303). En este caso, si el embargo tiene lugar con posterioridad al vencimiento de la obligación garantizada, el «acreedor pignoraticio» puede oponer la extinción de la obligación de restitución por lo que se denomina *compensación automática* (vid. JORDANO FRAGA, «Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito», cit., pp. 321 y ss. Se entiende que el vencimiento e incumplimiento de la obligación garantizada opera automáticamente la extinción de la obligación de restituir el «tantundem» en la cantidad concurrente, subsistiendo, en su caso, únicamente, por el exceso de valor respecto de la obligación garantizada).

El problema se plantea si el embargo se produce antes del vencimiento de la obligación garantizada ya que el artículo 1.196.5 C.c. impide la compensación cuando sobre alguna de las deudas hay retención «promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor». Si se aplica este artículo a la compensación que se opera en la prenda irregular (si se piensa que se trata de una compensación ordinaria) parece que el «acreedor pignoraticio» quedaría desprotegido frente a los acreedores que embargan el crédito del «pignorante» a la restitución de lo entregado a no ser que se entienda que dicho precepto no impide la compensabilidad de los créditos nacidos con anterioridad al embargo pero de vencimiento posterior a éste, sino sólo la de los créditos que se contraen con posterioridad. (LACRUZ-RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, cit., p. 422, entiende que, de la relación del artículo 1.196.5 con el artículo 1.198 C.c., se deduce que «la traba sobre un crédito, para que el deudor no pueda oponer la compensación, ha de ser anterior al momento en que nace la deuda oponible». JORDANO FRAGA, «Prenda regular, prenda irregular...» cit., p. 325, respecto de la hipótesis que comentamos, parece, sin embargo, que considera improcedente la compensación si el embargo es anterior al vencimiento de la obligación garantizada).

<sup>154</sup> JORDANO FRAGA, «Prenda regular, prenda irregular y prenda de créditos», cit., p. 327.

<sup>155</sup> PROSPERI, «Forma complementari e atto recettizio», en *Rivista del Diritto commerciale*, LXXIV, 1967, p. 215. La consecuencia del defecto de forma escrita, indica este autor, es una eficacia menor de la convención en el sentido de que el acreedor pignoraticio no adquiere frente a los otros acreedores el «ius praelationis». SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, en *Comentario del Codice civile* dirigido por Scialoja y Branca, libro 4.º, Bologna-Roma, 1970, p. 412, incluye también la forma requerida en el artículo 2.782 C.c. italiano para el contrato de prenda entre las formas impuestas por la ley para la plenitud de los efectos del negocio.

<sup>156</sup> *Supra*, capítulo V, apartado V.

verse afectados por el ejercicio del derecho de prelación<sup>157</sup>). Ahora bien, de exigirse la documentación de un contrato consensual de prenda (contrato que no origina el nacimiento del derecho de prenda pero genera para el acreedor el derecho a exigir su constitución) verbal o en documento privado, ha de tenerse en cuenta que, si la documentación se lleva a cabo antes de que se efectúe la entrega, el acreedor no puede oponer a otros acreedores del pignorante su derecho de prelación. Es evidente que no puede hacerlo en tanto no le sea entregada la cosa, pues hasta entonces no tiene ningún derecho de prenda<sup>158</sup> (cfr. art. 1.922.2 C.c.).

---

<sup>157</sup> Así lo entiende la doctrina francesa cuando se refiere al momento en que el contrato privado de prenda debe adquirir fecha cierta (nota 22). La misma observación realiza, entre los autores italianos, GORLA, *Del pegno*, cit., p. 92.

<sup>158</sup> GORLA, ob. cit., p. 69.



## CAPÍTULO VII

### LA CESIÓN DE CRÉDITOS

#### I. PLANTEAMIENTO



L artículo 1.526 C.c. dispone: «La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro.»

Este precepto exige la certeza de la fecha del negocio de cesión como requisito de su eficacia frente a terceros, pero además se remite a los artículos 1.218 y 1.227. Estos últimos se refieren, respectivamente, a la eficacia probatoria de los documentos públicos y privados. Del primero se deduce que los documentos públicos hacen prueba plena de la efectiva realización de las declaraciones negociales<sup>1</sup> —aunque no de su

---

<sup>1</sup> El artículo 1.218 dice que los documentos públicos «hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste». Por «hecho que motiva su otorgamiento» se entiende el supuesto de hecho complejo que determina el otorgamiento del documento público, en definitiva, el acto o contrato que se pretende documentar. SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XX, 2.<sup>a</sup> ed., rev. por Marín

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

veracidad<sup>2</sup>— y de la fecha en que se llevaron a cabo. Esta eficacia probatoria «plena» implica en línea de principio que sólo cabe, para destruir la prueba de que el contrato se ha celebrado y que lo ha sido en la fecha consignada, la impugnación judicial del documento<sup>3</sup>. Por lo que respecta al artículo 1.227 C.c., en él se regulan las condiciones de oponibilidad del documento privado frente a terceros<sup>4</sup>. Como los documentos privados no tienen aptitud para probar por sí mismos la fecha en ellos consignada —puesto que al no intervenir en su realización ningún fedatario público resulta extremadamente fácil hacer que se supongan otorgados en un momento distinto del que realmente lo fueron con objeto de defraudar derechos de terceros— el artículo 1.227 recurre a hechos extrínsecos al documento mismo para determinar cuándo su fecha se contará respecto de terceros. La fecha que opera frente a terceros es la de la entrega o inscripción del documento en algún registro, la de la entrega al funcionario público o la de la muerte de cualquiera de los firmantes<sup>5</sup>. Lo dispuesto en el artículo 1.227 no impide, sin embargo, según viene manteniendo el Tribunal Supremo, que el juzgador pueda, apreciando el conjunto de todos los elementos probatorios, estimar probada la fecha de un documento privado sin recurrir al artículo 1.227 ya que este precepto se considera operante sólo cuando no existen otros medios de prueba que justifiquen la realidad de la fecha que en él se consigna<sup>6</sup>.

Al remitirse el artículo 1.526 C.c. a los artículos 1.218 y 1.227 para determinar cuándo la fecha de la cesión debe tenerse por cierta, parece configurar, de modo mediato, la forma documental como presupuesto de la eficacia frente a terceros del contrato que tiene por objeto la transmisión de un crédito, derecho o acción.

---

Pérez, Madrid, 1958, pp. 367, 368; CORDÓN MORENO, «Comentario a los artículos 1.217-1.230 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981, pp. 139 y ss.; RODRÍGUEZ ADRADOS, «Comentario a los artículos 1.218-1.224 C.c.» en *Comentarios al Código civil* (Ministerio de Justicia) t. II, Madrid, 1991, pp. 333, 334.

<sup>2</sup> Los documentos públicos sólo generan una presunción «iuris tantum» de veracidad respecto de las declaraciones emitidas por las partes. Vid. CORDÓN MORENO, ob. cit., p. 146; MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. VIII, vol. 2.º, 6.ª ed. rev. por Moreno Mocholí, Madrid, 1967, pp. 63 y ss.

<sup>3</sup> MANRESA, *Comentarios*, t. VIII, 2.º, cit., p. 53; SCAEVOLA, *Código civil*, t. XX, cit., p. 366. El valor probatorio privilegiado de la prueba documental se tiende a suprimir mediante el expediente de la apreciación conjunta de la prueba. El Tribunal Supremo ha declarado que los documentos públicos pueden ser desvirtuados por otras pruebas admisibles en Derecho y que la existencia de un documento privado no impide la apreciación conjunta de la prueba. Resulta así, que cuando el documento concurre con otros medios de prueba, las normas de valoración probatoria del Código pierden su valor vinculante de manera que la prueba documental sólo tiene valor preferente cuando no ha sido desvirtuada por los restantes medios probatorios. Vid. GUTIÉRREZ DE CABIEDES, «Comentario al artículo 1.216 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. XVI, vol. 2.º, Madrid, 1981, p. 118; SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentario a los artículos 1.214 y 1.215 C.c.», en el mismo volumen de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, p. 24.

<sup>4</sup> CORDÓN MORENO, ob. cit., p. 193.

<sup>5</sup> CORDÓN MORENO, ob. cit., p. 191; MEZQUITA DEL CACHO, «Comentario a los artículos 1.225-1.230 C.c.» en *Comentarios al Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, pp. 363, 364.

<sup>6</sup> Cfr. Sentencias de 9 de julio de 1904; 6 de febrero de 1923; 10 de enero de 1929; 31 de octubre de 1944; 2 de diciembre de 1952; 20 de octubre de 1989; 25 de febrero de 1991; 18 de noviembre de 1991... Vid. MANRESA, *Comentarios*, t. VIII, 2.º, cit., p. 138, pp. 140, 141; SCAEVOLA, *Código civil*, t. XX, cit., pp. 417, 418; CORDÓN MORENO, ob. cit., pp. 194, 195; MEZQUITA DEL CACHO, ob. cit., pp. 363, 364.



Hay que observar que, aunque el artículo 1.526 se suele estudiar exclusivamente en relación a la cesión de créditos, según su tenor literal, resulta aplicable a la cesión de otros derechos y a la de acciones. De hecho, algunos autores indican que lo que el Código denomina «cesión de créditos, derechos y acciones» incluye no solamente la transmisión del crédito sino también la de derechos reales distintos del dominio<sup>7</sup>. Sin embargo, aun admitiéndose que la cesión de derechos reales pueda estar comprendida en el ámbito de este precepto, su aplicabilidad a la misma se enfrenta con la dificultad que surge del sistema de transmisión de derechos reales mediante el título y el modo. Frente a la necesidad de tradición para la transmisión de derechos reales, la doctrina estima mayoritariamente que los derechos de crédito se transmiten por el consentimiento y, por tanto, con la celebración del contrato<sup>8</sup>. La regla contenida en el artículo 1.526.1 C.c. es congruente con un sistema de transmisión consensual de derechos, puesto que, al exigir dicho artículo para la eficacia frente a terceros de la cesión la certeza de la fecha del contrato, presupone que el efecto traslativo tiene lugar con la perfección de éste y no en un momento posterior —el de la tradición— (aunque en ocasiones ambos momentos coincidan) como suele ocurrir cuando se trata de cesión de derechos reales. En este último caso es claro que el que la fecha del contrato de cesión tenga el carácter de cierta no permite hacer valer frente a un tercero la transmisión del derecho real, puesto que en tanto no se haya efectuado la tradición éste no se ha transferido.

El párrafo segundo del artículo 1.526 dispone: «Si se refiriere a un inmueble (la cesión no surtirá efecto frente a tercero) sino desde la fecha de su inscripción en el Registro». No queda claro en esta norma si lo «que se refiere a un inmueble» es el crédito, la acción o el derecho cedido, o bien la cesión misma. La doctrina suele interpretar —en la medida que analiza este precepto en sede de cesión de créditos— que el párrafo segundo del artículo 1.526 se refiere a la cesión de créditos hipotecarios<sup>9</sup>, y a la cesión que tiene como objeto un crédito relativo a un bien inmueble, afirmándose que en este caso habrá

<sup>7</sup> SCAEVOLA, *Código civil comentado*, t. XXIII, vol. 2.º, 2.ª ed., rev. por Bonet Ramón, Madrid, 1970, pp. 618, 619; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 14.ª ed. rev. y puesta al día por García Cantero, Madrid, 1986, p. 339; GARCÍA CANTERO, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t. XIX, 2.ª ed., Madrid, 1991, pp. 695, 697.

<sup>8</sup> LACRUZ, *Elementos de Derecho civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1985, p. 297; MADRIDEJOS SARASOLA, «La cesión de créditos», en *RDN*, 1961, pp. 390, 391; GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 695; PANTALEÓN, «Cesión de créditos», en *ADC* 1988, t. XLI, n.º 4, p. 643, también, «Comentario a los artículos 1.526-1.536 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia) t. II, Madrid, 1991, p. 1020; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 805; GAVIDIA, *La cesión de créditos. Sistema español de cesión de créditos (Formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Valencia, 1993, pp. 198 y ss.

Contra, MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, t. X, vol. 1.º, 6.ª ed., rev. por Bloch, Madrid, 1969, p. 552; BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, t. II, Barcelona, 1979, pp. 1064, 1065; NAVARRO PÉREZ, *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Granada, 1988, pp. 103 y ss.

<sup>9</sup> GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 703; BADENES GASSET, ob. cit., p. 1067; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 134.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

que examinar si el crédito cedido tiene o no carácter inscribible<sup>10</sup>. No obstante, si se interpretara que dicha regla atañe a los supuestos en que la cesión tiene por objeto un bien inmueble podría estar comprendida en su ámbito la cesión de derechos reales inmobiliarios (puesto que los derechos reales recayentes sobre inmuebles tienen la consideración de tales, cfr. art. 334.10). Ello no plantearía problema alguno por ser la regla del artículo 1.526.2 congruente con los principios que rigen nuestro sistema hipotecario. El problema surgiría, sin embargo, a la hora de aplicar el párrafo primero del artículo 1.526 a la cesión de derechos reales recayentes sobre bienes muebles. Ahora bien, aunque la adquisición del derecho real no puede ser eficaz frente a terceros desde la celebración del contrato sino una vez llevada a cabo la tradición, no puede desconocerse que es posible que, en determinados supuestos, la transmisión del derecho real se lleve a cabo sin traspaso posesorio puesto que el artículo 1.463 prevé la posibilidad de efectuar la entrega o tradición «por el sólo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta o si éste ya la tenía en su poder por algún otro motivo». En estos casos, cuando la tradición va ínsita en el contrato, adquiere virtualidad, en nuestra opinión, lo dispuesto en el artículo 1.526.1 ya que la transmisión del derecho real no podrá surtir efecto contra tercero —ni siquiera frente a los acreedores del enajenante— en tanto no se acredite el carácter fehaciente de la fecha de aquél<sup>11</sup>.

En cualquier caso, siguiendo con la sistemática habitual, conviene situar el examen del artículo 1.526 en orden a la cuestión que nos interesa, esto es, si la forma documental es presupuesto de la eficacia frente a terceros de la cesión, en sede de cesión de créditos.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 1.526

### 1. Proyecto de 1851<sup>12</sup>

El artículo 1.526 C.c. está ubicado en el capítulo VII, título IV, libro IV C.c., denominado «De la transmisión de créditos y demás derechos incorporales». Dicho

---

<sup>10</sup> NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 133. BADENES GASSET, ob. cit., p. 1067, indica que lo dispuesto en el artículo 1.526.2 se justifica porque «los créditos, derechos y acciones referentes a inmuebles no podían sustraerse al sistema. Cuando se trate de cesión de créditos, derechos o acciones que sean susceptibles de inscripción en el Registro, sólo desde ésta se contará contra terceros la fecha de la cesión». De lo expresado por este autor no se desprende cuáles son los créditos, derechos y acciones a cuya cesión se aplica el artículo 1.526.2. Por otra parte, no parece que existan otros créditos inscribibles que los derechos derivados del contrato de arrendamiento —en caso de que éste lo sea (art. 2.5 L.H.)— o el derecho de opción (art. 14 R.H.), pues la transmisión de un derecho de crédito a la entrega de un inmueble no es susceptible de inscripción (art. 9 R.H.).

<sup>11</sup> Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales, Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1986, p. 40.

<sup>12</sup> En el Derecho romano no se admitía la posibilidad de transmitir el derecho de crédito, ya que en Roma la obligación era considerada un vínculo de una persona frente a otra estimándose que dicho vínculo no podía existir fuera de las personas entre las que se había constituido. Se admitió únicamente la posibili-

capítulo procede del capítulo VIII, título VII, libro III, del Código de Napoleón –de igual denominación: «Du transport des créances et autres droits incorporels»– que fue incorporado con algunas variaciones al Proyecto español de 1851<sup>13</sup>.

El artículo 1.690 C.c. francés regula la eficacia frente a terceros de la cesión estableciendo lo siguiente: «El cesionario no está posesionado (“n’est saisi”) respecto de terceros más que por la notificación de la cesión hecha al deudor. No obstante el cesionario puede estar igualmente posesionado por la aceptación de la cesión hecha por el deudor en un acto auténtico».

El artículo 1.457 del Proyecto establecía: «La cesión de un crédito derecho o acción no surte efecto contra un tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta, en conformidad a los artículos 1.201 y 1.209». Aunque la frase inicial «cesión de un crédito derecho o acción» fue tomada del artículo 1.689 C.c. francés<sup>14</sup>, los redactores del Proyecto se apartaron de lo dispuesto en dicho Código al regular la eficacia frente a terceros de la cesión. En lugar de exigir la notificación o aceptación del deudor se utilizó como criterio para determinar cuándo la cesión surte efectos frente a terceros el de la certeza de su fecha.

Este criterio fue tomado, según GARCÍA GOYENA, del artículo 1.193 del Código del Cantón de Vaud<sup>15</sup>, pero además, indicaba el mencionado jurista, era «una

---

dad de ceder la acción para hacer efectivo el crédito, configurándose entonces la «cesión» como un simple mandato para el cobro de aquél (vid. BIONDI, voz «Cessione di crediti e di altri diritti» [Diritto romano], en *Novissimo Digesto italiano*, t. III, pp. 153 y ss.). En el Derecho histórico español no aparece regulada expresamente la cesión o transmisión del crédito. Al parecer sobrevivieron los esquemas romanistas que no admitían la transmisión «inter vivos» de la titularidad del crédito sin novación (GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 65 y ss.). De hecho algunos autores del siglo XIX incluyen esta figura dentro de la novación (así, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. IV, reimp. de la 1.ª ed., Valladolid, 1988, p. 163, aunque aclara que no es una verdadera novación ya que «la obligación permanece en el mismo estado»).

En el Proyecto de 1836 no existía ningún precepto en el que se regulara la eficacia frente a terceros de la cesión. El artículo 1.141 disponía: «Verificada la entrega del título para traspasar cualquiera a otro un crédito, derecho o acción contra un tercero, debe notificarse a éste dicho traspaso o venta a fin de que el comprador o cesionario pueda usar contra él de su derecho». De este precepto parece deducirse que el sistema de cesión era el de título y modo siendo necesaria la entrega del crédito para su transmisión (GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 79 y ss.).

<sup>13</sup> La rúbrica del indicado capítulo fue ya criticada por los autores franceses que advertían que cabe hablar de cosas corporales e incorporeales -derechos- pero no de derechos incorporeales porque todos los derechos lo son. Así, TROPLONG, *Le Droit civil expliqué, De la vente*, 3.ª ed., París, 1837, p. 579. La misma crítica la realiza en el Derecho español, CASTÁN, ob. cit., p. 338.

<sup>14</sup> Art. 1.689: « Dans le transport d’une créance, d’un droit ou d’une action sur un tiers, la délivrance s’opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre ».

<sup>15</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. III, reimp., Barcelona, 1973, p. 429.

En el Código de Vaud la cesión del crédito debía siempre constar por escrito. El artículo 1.192 disponía: «la cesión de un crédito no puede hacerse más que por acto auténtico o privado».

De ahí que, en relación a la eficacia de la cesión dispusiera el artículo 1.193: «Si la cesión se hizo por documento público, el cesionario está posesionado respecto de terceros desde la fecha de la cesión. Si la cesión se hizo en documento privado, el cesionario no está posesionado respecto de terceros sino desde que

consecuencia precisa, o más bien aplicación de los dos artículos a que se refiere»<sup>16</sup>. De ello se desprende que, en cuanto a la determinación de la certeza de la fecha de la cesión, el artículo 1.457 aplicaba las reglas derivadas de los artículos 1.201 y 1.209 que, de modo semejante a los artículos 1.218 y 1.227 C.c., regulaban la eficacia probatoria de los documentos públicos y privados<sup>17</sup>. Conviene analizar, por tanto, cómo operaban tales preceptos.

Conviene recordar que en el Proyecto de 1851 se instauró un sistema probatorio similar al francés. Conforme al artículo 1.002 todos los contratos de valor superior a 100 duros debían constar por escrito con carácter «ad probationem»<sup>18</sup>. El artículo 1.003 enumeraba una serie de contratos que debían constar en escritura pública —entre ellos, la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública—. Como ya se indicó, con independencia de los casos en que la forma se exigía con carácter solemne, la sanción correspondiente a su inobservancia era la imposibilidad de probar el contrato recurriendo a otros medios de prueba<sup>19</sup>. La necesidad de forma escrita para la prueba del contrato afectaba a las partes cuando pretendían exigir el cumplimiento del convenio o cuando pretendían ejercitar contra un tercero una pretensión basada en el contrato.

Pues bien, como regla general, cuando un contrato debía constar en documento privado con carácter «ad probationem» (o «ad solemnitatem»), del artículo 1.209, precedente del artículo 1.328 francés al que ya se ha hecho alusión en otra ocasión<sup>20</sup>, se deducía que la fecha del contrato no se podía probar eficazmente frente a tercero sino por los medios previstos en dicho precepto. La enumeración contenida en el indicado artículo 1.209, al igual que sucedía con la contenida en su precedente, tenía carácter taxativo, es decir, no cabía acudir a otros medios de prueba para demostrar la veracidad de la fecha consignada en el documento<sup>21</sup> y es de suponer que admitía las mismas

---

se notificó la transferencia a éstos, o al deudor o desde la fecha de la aceptación que éste hiciere en documento público, o finalmente, desde que su fecha resulte cierta conforme a lo dispuesto por el artículo 985» (el art. 985 de este Código preceptuaba: «La fecha de los documentos privados no se cuenta, respecto de terceros, sino desde el día de la muerte del que los firmó o de cualquiera de los que los firmaron, o desde el día en que su existencia quede reflejada en documentos autorizados por funcionarios públicos, tales como legalización y actas de inventario.»)

<sup>16</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, t. III, cit., p. 429.

<sup>17</sup> El artículo 1.201 del Proyecto de 1851 decía: «La escritura pública hace plena fe de la obligación en ella comprendida entre las partes contratantes y sus herederos o causa-habientes. También hace fe contra tercero, en cuanto al hecho de haberse otorgado el contrato y a su fecha.»

El artículo 1.209 rezaba como sigue: «La fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de tercero, sino desde el día en que ha sido incorporado en un registro público, desde el de la muerte de uno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido escrito o inventariado por algún escribano o empleado público, procediendo por razón de su oficio.»

<sup>18</sup> En tales casos el contrato no podía probarse ni por testigos ni por presunciones. *Supra*, cap. I, apart. III, 1, C.

<sup>19</sup> Sólo cabía el recurso al juramento decisorio. *Supra*, cap. I, apart. III, 1, C.

<sup>20</sup> *Supra*, cap. VI, apart. II, 1.

<sup>21</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, t. III, cit., p. 215. Vid. *supra*, cap. VI, apart. II, 1.

excepciones que el precepto francés, es decir, que no operaba cuando el tercero al que se pretendía oponer el contrato conocía la existencia del mismo<sup>22</sup> o cuando el tercero reconocía la sinceridad de la fecha o renunciaba expresa o tácitamente a invocar su incerteza<sup>23</sup>. Fuera de estos casos, si no concurría ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 1.209, la fecha del contrato no podía hacerse valer contra los terceros que pudieran verse afectados por el mismo<sup>24</sup>. Cuando el contrato no debía celebrarse por escrito con carácter «ad probationem» (ni, obviamente, «ad solemnitatem»), la fecha del convenio, lo mismo que la propia existencia de éste, podía probarse por cualquier medio, ya que el artículo 1.209, en cuanto limitaba la eficacia probatoria del documento privado con el fin de evitar fraudes a terceros, no era aplicable en los casos en que el contrato no constaba documentalmente<sup>25</sup>. Cuando un contrato debía celebrarse en escritura pública ésta daba fe por sí misma de la certeza de su fecha, tanto entre las partes como frente a terceros.

De lo expuesto se desprende que toda cesión de un crédito de valor superior a 100 duros debía constar en documento privado para su prueba, tanto «inter partes» como frente a terceros (art. 1.002), no pudiendo su fecha probarse frente a terceros más que si se daban las circunstancias previstas en el artículo 1.209. La cesión de un crédito que estuviese documentado en escritura pública debía hacerse a su vez en escritura pública (art. 1.003, 11), dando fe dicho documento de la fecha en él consignada tanto entre las partes como frente a terceros. Si ello era así, es de suponer que la remisión que el artículo 1.457 hacía a los artículos 1.201 y 1.209 para determinar la certeza de la fecha de la cesión tenía como fin especificar que aun en los casos en que, conforme a las reglas generales, el contrato no tenía que constar por escrito con carácter «ad probationem» (cesiones de valor inferior a 100 duros) la fecha de la cesión debía probarse frente a terceros documentalmente. De otro modo, el precepto resultaría innecesario.

El hecho de que en el Proyecto de 1851, a diferencia de lo que sucedía en el Código francés, no se requiriese para la eficacia de la cesión la notificación o aceptación del deudor –lo que presupone que se alude, necesariamente, a la cesión de un cré-

<sup>22</sup> La doctrina francesa afirmaba que no era equiparable el conocimiento del tercero a la certeza de la fecha, pero que, dado que la limitada eficacia probatoria del documento privado en cuanto a la fecha tenía como fin proteger a los terceros de buena fe contra el falseamiento de la misma, no era admisible que se prevaleciera de dicha regla un tercero de mala fe. LAURENT, *Principes de Droit civil*, t. XIX, 3.ª ed., Bruxelles, París, 1878, n.º 289, pp. 315-317; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato teorico-pratico di Diritto civile, Delle obbligazioni*, vol. IV, versión italiana, Milano, 1915, n.º 2.374, p. 107.

<sup>23</sup> LAURENT, *Principes*, XIX, cit., n.º 290, p. 317; BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato*, IV, cit., n.º 2.373, p. 106.

<sup>24</sup> Sobre el concepto de tercero del artículo 1.328 francés, del que se tomó el artículo 1.209 del Proyecto de 1851, vid. *supra*, cap. VI, nota 21.

<sup>25</sup> Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, *Trattato*, IV, cit., n.º 2.374, p. 107, en relación al artículo 1.328 C.c. francés.

dito— junto con la supresión de la expresión «contra un tercero» al incorporar la frase inicial del artículo 1.689 francés (que habla de «cesión de un crédito», de un derecho o de una acción *contra un tercero*) al artículo 1.457 del Proyecto permitiría entender que el precepto era extensible a la cesión de todo tipo de derechos, también de derechos reales, especialmente si se tiene en cuenta que en el Proyecto se adoptó el sistema de transmisión consensual de derechos reales —también era consensual el sistema de transmisión de derechos de crédito<sup>26</sup>— por lo que la fecha del contrato equivalía a la de producción del efecto traslativo<sup>27</sup>. A ello cabría objetar que el artículo 982 del Proyecto solucionaba el conflicto entre distintos adquirentes de un bien mueble considerando propietario al que primero hubiese «tomado posesión de la cosa con buena fe» y, tratándose de un inmueble, conforme al artículo 1.859, considerando propietario al que primero hubiese inscrito su derecho. No obstante, aunque la eficacia de la cesión de un derecho real frente a ulteriores adquirentes del mismo —que tendrían la condición de terceros— no estuviese regulada por el artículo 1.457, no por ello la cesión de derechos reales debía quedar fuera del ámbito del indicado precepto, pues lo probable es que el criterio de la certeza de la fecha del contrato fuese decisivo a la hora de determinar la eficacia de la cesión de derechos reales frente a otros terceros, v. gr., los acreedores del enajenante.

## 2. Anteproyecto de 1882-1888

El artículo 1.457 del Proyecto pasó prácticamente inalterado al Anteproyecto de 1888, cuyo artículo 1.553 establecía: «la cesión de un crédito, derecho o acción, no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.235 y 1.244»<sup>28</sup>. Ahora bien, en el Anteproyecto se suprimió el

<sup>26</sup> Vid. GAVIDIA, ob. cit., pp. 93, 94.

<sup>27</sup> Del comentario de GARCÍA GOYENA al artículo 1.457 del Proyecto podría deducirse que dicho precepto no se circunscribía a la hipótesis de la cesión de créditos. Dice el mencionado jurista (*Concordancias*, t. II, cit., p. 429) que el artículo 1.457 «es una consecuencia precisa, o más bien aplicación de los dos artículos a que se refiere; ve lo en ellos expuesto y también el 1.003, números 1 y 11». El artículo 1.003, relativo a los contratos que debían constar en escritura pública, incluía en su número 1 «los contratos que tengan por objeto la transmisión de bienes inmuebles en propiedad o en usufructo o alguna obligación o gravamen sobre los mismos» y en el número 11, como se ha indicado, «la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública». De la coordinación de estas reglas con el artículo 1.457 del Proyecto cabe extraer que dentro de la «cesión de un crédito, derecho o acción» se consideraba incluida la cesión de derechos reales, que, cuando recaía sobre derechos reales de carácter inmobiliario, debía realizarse en escritura pública por prescripción del artículo 1.003.1.

<sup>28</sup> Los artículos 1.235 y 1.244 del Anteproyecto tomaron, a su vez, como base los artículos 1.201 y 1.209 del Proyecto de Goyena, aunque el primero modificó parcialmente el artículo 1.201 del Proyecto al tomar como fuente, junto a éste, el artículo 1.700 del Código chileno.

Así, establecía el artículo 1.235 del Anteproyecto de 1888: «Los documentos públicos harán plena prueba del hecho y de la fecha de su otorgamiento. También la harán contra los interesados y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubieran hecho los primeros.»

sistema de tasa de la prueba impuesto en el Proyecto de 1851. Desapareció la exigencia de forma con carácter «ad probationem» para los contratos que superaran un determinado valor e, igualmente, se suprimió la sanción que en el Proyecto se establecía para la omisión de la forma pública —cuando ésta no era requerida con carácter «ad solemnitatem»— y que consistía en la imposibilidad de probar el contrato acudiendo a medios distintos del documental<sup>29</sup>. La cesión de créditos podía, pues, realizarse en cualquier forma. El artículo 1.293.6 exigía que constase en escritura pública «la cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública», pero tal exigencia no tenía carácter constitutivo<sup>30</sup>. Se mantuvo, sin embargo, la remisión a los preceptos dirigidos a regular la eficacia probatoria de los documentos públicos y privados en cuanto a la determinación de la certeza de la fecha de la cesión. De ello parece deducirse que fue voluntad de los redactores del Anteproyecto que la fecha de la cesión se probara documentalmente debiendo concurrir, en caso de que constara en documento privado, las circunstancias previstas en el indicado artículo 1.244 para su prueba y, por tanto, para que el contrato pudiera oponerse a terceros.

Hay que señalar, por otra parte, que si en el Proyecto de 1851 se adoptó el sistema de transmisión consensual de derechos, tanto personales como reales, en el Anteproyecto se vuelve al sistema tradicional de transmisión mediante el título y el modo<sup>31</sup>, al menos, en lo que respecta a los derechos reales<sup>32</sup>. Ello implica que la cesión de tales derechos debía quedar, en principio, excluida del ámbito del artículo 1.553, puesto que, con independencia de las soluciones expresamente previstas para la hipótesis de doble venta<sup>33</sup> y de las prescripciones de la L.H. de 1.865 en torno a la necesidad de inscripción de los derechos reales, frente a los acreedores del enajenante y demás titulares de derechos personales no bastaría la certeza de la fecha del contrato para hacer valer

---

El artículo 1.244 preceptuaba: «La fecha de un instrumento privado no se cuenta respecto de un tercero, sino desde el día en que ha sido incorporado en un registro público, desde el de la muerte de uno de los que lo han firmado, o desde el día en que ha sido escrito o inventariado por algún escribano o empleado público, procediendo por razón de su oficio.»

<sup>29</sup> Vid. *supra*, cap. I, apart. III, 1, D.

<sup>30</sup> *Supra*, cap. I, apart. III, 1, D.

<sup>31</sup> Disponía el artículo 1.112: «El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación. No obstante esto, no adquirirá derecho real sobre aquélla hasta después que le haya sido entregada.»

<sup>32</sup> Observa GAVIDÍA, *La cesión de créditos*, cit., p. 142, que el hecho de que el sistema de transmisión de derechos reales previsto en el Anteproyecto fuese el de título y modo tal y como resultaba del artículo 1.112, no es razón suficiente para entender modificado en el mismo sentido el sistema de cesión de créditos, que según parece, se mantuvo como consensual, pues no tenía que seguir la misma suerte del sistema de transmisión de derechos reales.

<sup>33</sup> Disponía el artículo 1.500 del Anteproyecto: «Si una misma cosa se hubiere vendido a dos o más diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble. Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro. Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión, y faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua siempre que haya buena fe.»

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

frente a éstos la transmisión del derecho real, sino que sería preciso, además, que la tradición se hubiese efectuado.

### III. LA FORMA Y LA EFICACIA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS<sup>34</sup> EN EL DERECHO COMPARADO

#### 1. Derecho francés

En el Derecho francés el contrato de cesión de créditos no requiere ninguna forma especial para su validez pudiendo realizarse verbalmente o por escrito. Se exceptúa esta regla cuando se realiza a título gratuito, en cuyo caso, está sujeto a la forma de la donación<sup>35</sup>.

La transmisión del crédito tiene lugar por efecto del contrato, si bien frente a terceros la cesión no es eficaz si no se cumple lo dispuesto en el artículo 1.690. La doctrina afirma unánimemente que la entrega a que se refiere el artículo 1.689 C.c. —anteriormente transcrito— no es necesaria para la producción del efecto traslativo constituyendo una mera obligación del cedente que tiene como finalidad facilitar al cesionario el ejercicio del derecho de crédito<sup>36</sup>.

El artículo 1.690 del Code exige, como se ha indicado con anterioridad, para que la cesión sea eficaz frente a terceros la notificación de la cesión al deudor a la cual

---

<sup>34</sup> Aunque por razones de exposición hablemos en algún caso del «contrato de cesión de créditos», es sabido que éste no constituye un tipo contractual autónomo. La expresión «cesión de créditos» no alude a un contrato típico sino, mas bien, al efecto propio (transmisión de un crédito) de diversos contratos que tienen en común un elemento: el tener como objeto un derecho de crédito (MADRIDEJOS SARASOLA, ob. cit., pp. 381, 382; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., pp. 41, 42; PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., pp. 1037, 1038, también, «Comentario a los artículos 1.526-1.536 C.c.», cit., p. 1010). No obstante, observa Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 805, que «conviene configurar la cesión de créditos como una figura autónoma frente a cualquier otro tipo de actos de transmisión de derechos de naturaleza diferente y deben englobarse dentro de la mencionada figura todos los actos traslativos de los créditos, que se realicen por negocios “inter vivos” y que respondan al interés de circulación de los créditos, cualquiera que sea la causa de que vayan precedidos».

<sup>35</sup> No obstante, de acuerdo con las reglas generales sobre la prueba, si el crédito es de valor superior a 5.000 francos el contrato debe constar por escrito (art. 1.341 C.c). BAUDRY-LACANTINERIE, *Tratato Teorico-pratico de Diritto civile, Della vendita e della permuta*, versión italiana, Milano, s/f, n.º 765, p. 833; DURANTON, *Corso di Diritto civile secondo il Codice francese*, versión italiana, vol. 9, Napoli, 1844, n.º 492, p. 150; MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. 1.º, 7.ª ed., por Chabas, París, 1978, p. 1248; RIEG, voz «Cession de créance», en *Encyclopédie Dalloz*, t. II, p. 7.

<sup>36</sup> TROPLONG, ob. cit., n.ºs 880 y ss., p. 382; DURANTON, ob. cit., n.º 495, p. 150; MAZEAUD-CHABAS, ob. cit., p. 1247; RIEG, ob. cit., p. 7; GAVIDIA, «El sistema codificado francés de cesión de créditos», en *ADC*, 1991, t. XLIV, fasc. 2, pp. 489, 500, indica que la entrega del documento en que se refleja el acto de donde nació el crédito permite al cesionario acreditar su condición de tal cuando pretende instar la notificación de la cesión o cuando el deudor le exige que acredite su condición de cesionario. Señala además este autor que si por posesión del crédito se entiende titularidad aparente, la entrega de los títulos de pertenencia del crédito no equivale a la entrega de la posesión puesto que el deudor sólo puede considerar al cesionario acreedor aparente, a efectos de permitir su liberación, cuando se le ha notificado la cesión.



se equipara la aceptación del deudor hecha en acto auténtico. La doctrina francesa ha interpretado tradicionalmente que tales exigencias son necesarias no sólo frente a los acreedores del cedente y los diversos cesionarios en el supuesto de doble cesión, sino también frente al deudor cedido. Hasta que se practique la notificación (que debe realizarse judicialmente y puede ser instada tanto por el cedente como por el cesionario) o el deudor acepte formalmente la cesión, la situación queda, sintéticamente<sup>37</sup>, como sigue:

- El deudor puede pagar eficazmente al cedente y puede oponer al cesionario cualquier modo de extinción de la obligación que haya acordado con éste.
- Los acreedores del cedente pueden embargar el crédito cedido aunque sus derechos de crédito sean posteriores a la cesión.
- En caso de múltiple cesión tiene preferencia el cesionario que primeramente haya hecho notificar al deudor la cesión o que haya obtenido la aceptación en acto auténtico.

La mayoría de los autores coincide en afirmar que las formalidades del artículo 1.690 son insustituibles. La aceptación del deudor no realizada en documento auténtico no hace la cesión eficaz frente a los terceros si bien impide al deudor pagar con eficacia liberatoria al cedente. El conocimiento que el deudor o los demás terceros puedan tener de la cesión por medios distintos de la notificación es totalmente irrelevante<sup>38</sup> a no ser que se demuestre que uno u otros obraron fraudulentamente<sup>39</sup>.

## 2. Derecho italiano

### A) CÓDIGO CIVIL DE 1865

La regulación de la cesión de créditos en el Código civil italiano de 1865 es muy semejante a la establecida en el Código francés, cuyos preceptos inspiraron los artícu-

<sup>37</sup> Para un estudio más detenido de la regulación de la cesión de créditos en el Derecho francés véase, GAVIDIA, «El sistema codificado francés de cesión de créditos» cit., pp. 485 y ss. y, del mismo autor, «La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión “inter vivos” de otros bienes», en *ADC*, 1990, t. XLIII, n.º 4, pp. 1094 y ss.

<sup>38</sup> Contra, GUILLOUARD, *Traité de la vente et de l'échange*, t. 2.º, París, 1890, n.º 781, p. 318, que sostiene que si el deudor tiene conocimiento seguro de la cesión no puede liberarse pagando al cedente.

<sup>39</sup> Vid. TROPLONG, ob. cit., n.º 887 y ss., pp. 386 y ss., y 396 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, *Della vendita*, cit., n.º 790 y ss., pp. 856, 858 y ss.; GUILLOUARD, ob. cit., n.º 771 y ss., pp. 308 y ss.; COLIN y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, trad. española anotada por De Buen, 4.ª ed. rev. y puesta al día por Batlle, Madrid, 1960, pp. 337 y ss.; PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2.ª parte, con la colaboración de Esmein, Radouant y Gabolde, 2.ª ed., París, 1954, pp. 503 y ss., 517 y ss.; MAZEAUD-CHABAS, ob. cit., pp. 1249, 1250.

Para considerar oponible a terceros una cesión no notificada o aceptada es preciso la prueba del fraude, no obstante, la doctrina actual tiene a considerar que la prueba de que el tercero tiene conocimiento seguro de la cesión demuestra la existencia del fraude (RIEG, ob. cit., p. 14; GAVIDIA, *El sistema codificado francés de cesión de créditos*, cit., p. 545).

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

los 1.538 y ss. del Codice civile. La transmisión del crédito tenía lugar por el mero consentimiento de los contratantes. Aunque el artículo 1.538 disponía en su párrafo segundo que «la posesión se transfiere mediante la entrega del documento que prueba el crédito o derecho cedido» interpretaba la doctrina que la entrega del título era una mera obligación del cedente –innecesaria para la transferencia del crédito– que tenía como fin poner al cesionario en condiciones de poder ejercitar el derecho de crédito<sup>40</sup>.

Tratándose de un negocio oneroso no era precisa ninguna forma específica para su validez pero cuando la transmisión del crédito se efectuaba a título gratuito el contrato debía respetar las solemnidades de la donación. Es de tener en cuenta, no obstante, que cuando el crédito era de valor superior a 500 liras era necesaria la forma escrita para la prueba del contrato<sup>41</sup>.

En cuanto a la eficacia frente a terceros de la cesión, establecía el artículo 1.539: «El cesionario no tiene derecho contra los terceros si no después de hecha al deudor la notificación de la cesión, o cuando el deudor haya aceptado la cesión con acto auténtico». Este precepto se interpretaba de manera casi idéntica al artículo 1.690 francés ya analizado<sup>42</sup>.

### B) CÓDIGO CIVIL DE 1942

En el nuevo Código civil italiano no se trata ya la cesión del crédito, junto con la cesión de otros derechos, como si fuese una modalidad de la compraventa, sino que se

---

<sup>40</sup> GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. VI, trad. de la 7.ª ed. italiana, reimp. de la 2.ª ed., Madrid, 1980, pp. 95, 96, 160.

<sup>41</sup> CUTURI, *Della vendita, della cessione e della permuta*, en *Il Diritto civile italiano* dirigido por Fiore y Brugi, parte duodécima, *Contratti speciali*, Napoli, Torino, 1923, pp. 678, 679; GIORGI, ob. cit., p. 94; RICCI, *Diritto civile*, vol. 7.º, Torino, 1881, p. 450; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. V, parte 1.ª, Torino, 1927, p. 414.

<sup>42</sup> Se consideraban terceros a estos efectos, los acreedores del cedente, el segundo o ulterior cesionario en el supuesto de doble o múltiple cesión y el deudor cedido. La notificación debía hacerse judicialmente -a instancias del cedente o del cesionario- al deudor en su domicilio real o en el elegido para el pago.

El deudor se liberaba pagando al cedente antes de la notificación o de la aceptación en documento auténtico (se entendía por tal el documento notarial) si bien la aceptación verbal o tácita de la cesión le vinculaba frente al cesionario no pudiendo ya pagar eficazmente al cedente.

La preferencia entre los distintos cesionarios de un mismo crédito se ordenaba, igualmente, en función de la cesión primeramente aceptada o notificada, pudiendo los acreedores del cedente, hasta el momento de la aceptación formal o la notificación, embargar el crédito cedido.

La cuestión de si el conocimiento que tuvieran los terceros de la cesión tenía alguna consecuencia era debatida por la doctrina. Aunque, en general, se negaba que tuviera algún efecto, para algunos el conocimiento que el deudor tuviese de la cesión excluía la posibilidad de pagar al cedente con eficacia liberatoria (así, PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 415), indicándose además que en el supuesto de múltiple cesión, si el ulterior cesionario conocía la existencia de la precedente, no podía prevalecerse de la omisión de las formalidades del artículo 1.539 (RICCI, ob. cit., p. 464).

Vid. GIORGI, ob. cit., pp. 96 y ss., 147 y ss.; CUTURI, ob. cit., pp. 684 y ss.; LOMONACO, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. VI, 2.ª ed., Napoli, 1895, pp. 244 y ss.; RICCI, ob. cit., pp. 454 y ss.; PACIFICI-MAZZONI, ob. cit., p. 415. Para un análisis más detenido, vid. GAVIDIA, «El sistema italiano de cesión de créditos», en *Estudios de Derecho civil en homenaje a Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993, pp. 1395-1407.

regula en un capítulo independiente estableciendo expresamente el artículo 1.260 que el acreedor puede transferir su crédito a título oneroso o gratuito.

El contrato de cesión no realizado a título gratuito —en cuyo caso deberá ajustarse a las solemnidades de la donación— puede celebrarse en cualquier forma, transmitiéndose el derecho de crédito por el mero consentimiento<sup>43</sup>. El artículo 1.262 dispone que el cedente debe consignar al cesionario los documentos probatorios del crédito que estén en su posesión y, si la cesión recae sólo sobre una parte del crédito, una copia auténtica de tales documentos. La entrega de estos documentos tiene una finalidad probatoria, como se deduce del precepto, y según afirman los autores, sirve para poner al cesionario en situación de acreditar su carácter de tal y ejercitar el derecho contra el deudor cedido<sup>44</sup>.

Mientras que en el Código civil de 1865 se regulaba en un único precepto (el artículo 1.539) la eficacia frente a terceros de la cesión incluyéndose en el concepto de tercero tanto el deudor cedido como los acreedores del cedente y ulteriores cesionarios, el Código vigente dispone en el artículo 1.264 que «la cesión tiene efecto frente al deudor cedido cuando éste la ha aceptado o cuando le ha sido notificada. Sin embargo, también antes de la notificación el deudor que paga al cedente no se libera, si el cesionario prueba que el deudor mismo tenía conocimiento de la producida cesión». El artículo 1.265 prevé la hipótesis de múltiple cesión y dice: «Si el mismo crédito ha sido objeto de varias cesiones a personas diversas prevalece la cesión notificada primeramente al deudor o aquella que ha sido aceptada por el deudor con acto de fecha cierta aunque sea de fecha posterior. La misma norma se observa cuando el crédito ha sido objeto de constitución de usufructo o de prenda». Como puede observarse, frente al criterio del Código derogado, basta que el deudor conozca la cesión, aunque ésta no le haya sido notificada, para que el deudor no pueda ya pagar con eficacia liberatoria al cedente<sup>45</sup>. La doctrina actual estima por ello que el párrafo segundo del artículo 1.264 es una aplicación del principio de buena fe afirmando algunos autores que dicha norma es una manifestación de la eficacia liberatoria del pago

<sup>43</sup> SOTGIA, voz «Cessione dei crediti e di altri diritto» (Dir. civile), en *Novissimo Digesto italiano*, t. III, p. 157; TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho civil*, t. II, trad. de la 15.ª ed. italiana anotada por Martínez Calcerrada, Madrid, 1967, p. 95; MESSINEO, *Derecho civil y comercial*, t. IV, *Derecho de las obligaciones, Parte general*, trad. de Sentís Melendo, Buenos Aires, 1979, p. 189; MICCIO, *I diritti di credito*, vol. 1.º, Torino, 1971, p. 434.

<sup>44</sup> PANUCCIO, voz «Cessione dei crediti», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VI, p. 869; PERLINGIERI, «Cessione dei crediti», en *Comentario del Codice civile* dirigido por Scialoja y Branca, libro cuarto: *Obbligazioni*, Bologna-Roma, 1982, pp. 120-122.

<sup>45</sup> Para PERLINGIERI, ob. cit., pp. 205 y ss., el artículo 1.264.2, negando eficacia liberatoria al pago hecho al cedente si el cesionario prueba que el deudor tenía conocimiento de la cesión, reconoce implícitamente que la notificación admite equivalentes (con posterioridad al Código civil de 1865 se entendía que la notificación o la aceptación del deudor eran formalidades insustituibles). Ahora bien, la notificación, la aceptación y el conocimiento de la cesión por el deudor no son equivalentes a todos los efectos ya que este último no es relevante cuando existe un conflicto entre distintos cesionarios del mismo crédito.

### ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

hecho al acreedor aparente<sup>46</sup>. En la hipótesis de múltiple cesión, en cambio, la preferencia entre los cesionarios se determina en función de la cesión que primeramente haya sido notificada o aceptada en acto de fecha cierta<sup>47</sup> sin que el conocimiento por el deudor de la cesión, o la aceptación hecha sin formalidad alguna tengan ningún efecto<sup>48</sup>.

### 3. Derecho alemán

En el Derecho alemán el contrato de cesión de créditos («Abtretungsvertrag») es un negocio de disposición que tiene como efecto la transmisión del crédito. En cuanto tal negocio de disposición tiene carácter abstracto, siendo independiente en su validez y eficacia del negocio causal, de carácter obligatorio, que habitualmente le precede. Es preciso distinguir, por tanto, el contrato por el cual se asume la obligación de transmitir el crédito, del contrato típico (traslativo) de cesión de créditos. El crédito lo adquiere el cesionario a consecuencia de la celebración del indicado contrato (dispone el parágrafo 398 que «con la conclusión del contrato el nuevo acreedor se subroga en la posición del antiguo acreedor») no siendo necesario notificar al deudor la realización de la cesión para la producción del efecto traslativo o para la eficacia de ésta. No existe ningún precepto que establezca algún requisito para la eficacia frente a terceros de la cesión<sup>49</sup>.

El contrato de cesión no requiere como regla ninguna forma específica para su validez<sup>50</sup>, tampoco cuando la transmisión del crédito se lleve a cabo a título gratuito. Ahora bien, si al contrato dispositivo de cesión («Abtretungsvertrag») le precedió un negocio obligatorio por el cual el titular del crédito asumía gratuitamente la obligación de transferirlo, este último estará sujeto a la forma requerida en el parágrafo 518 para

<sup>46</sup> SOTGIA, ob. cit., p. 157; MICCIO, ob. cit., p. 438; PERLINGIERI, ob. cit., p. 160, nota 3, pp. 163 y ss.

<sup>47</sup> Deberá constar por tanto en escritura pública (artículo 2.700 C.c.) o en escritura privada cuya firma haya sido autenticada o, en su defecto, en escritura que haya sido registrada, haya sido reproducida en algún acto público o haya muerto o quedado imposibilitado físicamente cualquiera de sus firmantes (artículo 2.704 C.c.).

<sup>48</sup> La aceptación que no se realice en acto de fecha cierta tiene únicamente como efecto impedir que el deudor se libere pagando al cedente. SOTGIA, ob. cit., pp. 157, 158; PANUCCIO, ob. cit., pp. 873, 874; PERLINGIERI, ob. cit., pp. 222 y ss. Señala este último autor que en la hipótesis en que ninguna de las cesiones haya sido notificada o aceptada en documento de fecha cierta el conflicto debe solucionarse según la regla general de la anterioridad del acto de disposición.

Para un estudio más profundo, vid. GAVIDIA, «El sistema italiano de cesión de créditos», cit., pp. 1408 y ss.

<sup>49</sup> ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, *Derecho de obligaciones, Doctrina general*, 11.ª rev. por Lehmann, trad. española anotada por Pérez y Alguer, 2.ª ed. al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1954, pp. 382, 389; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1.º, *Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., München, 1987, p. 579; MEDICUS, *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., München, 1988, p. 321.

<sup>50</sup> ENNECCERUS-LEHMANN, ob. cit., p. 383; LARENZ, ob. cit., p. 575.

la promesa de donación («Schenkungsversprechen»), esto es, para el contrato obligatorio de donación<sup>51</sup>. La regla antedicha tiene sin embargo, alguna excepción. Cuando la cesión recae sobre un crédito garantizado con hipoteca, debe ajustarse a lo establecido en el parágrafo 1.115, de manera que la declaración de cesión (sólo ésta, no la aceptación del cesionario) debe hacerse por escrito. La forma escrita de tal declaración puede ser sustituida, no obstante, por la inscripción en el Registro de la cesión<sup>52</sup>.

Aunque en el BGB no se requiere ninguna forma especial para la validez del contrato de cesión, el parágrafo 403 dispone que el antiguo acreedor ha de expedir al nuevo acreedor, a petición de éste, un documento públicamente autenticado sobre la cesión. Esta obligación del cedente tiene como finalidad permitir al cesionario el ejercicio del crédito<sup>53</sup> ya que el deudor puede negarse a pagarle si no acredita su titularidad. En relación a ello dispone el parágrafo 410: «El deudor sólo está obligado a la prestación frente al nuevo acreedor contra entrega de un documento sobre la cesión, expedido por el antiguo acreedor, un aviso o una advertencia del nuevo acreedor es ineficaz si se realiza sin la presentación de tal documento y el deudor lo rechaza inmediatamente por este motivo. Estas disposiciones no se aplican si el anterior acreedor ha notificado al deudor la cesión por escrito». Este precepto tiene como fin asegurar que el deudor tenga un conocimiento fiable de la cesión, por ello se exige que el cedente notifique por escrito la cesión o, si es el nuevo acreedor quien comunica al deudor la transmisión del crédito, que acredite documentalmente su titularidad. En otro caso el deudor puede negarse a ejecutar la prestación<sup>54</sup>. Si el deudor no tiene conocimiento de la cesión<sup>55</sup> puede liberarse pagando al cedente según se infiere del parágrafo 407. Este

<sup>51</sup> Recuérdese que en el Derecho alemán no existe la donación, en cuanto contrato con eficacia real, como contrato típico. Las atribuciones gratuitas se llevan a cabo mediante el negocio de disposición de que se trate que conserva la forma que le es propia. En otras palabras, la donación traslativa adopta la forma del negocio utilizado para efectuar la transmisión. La donación sólo está sujeta a forma cuando se estructura como negocio obligatorio. Vid. *supra*, cap. II, apart. II.3.

<sup>52</sup> Cuando la hipoteca es de cédula a la declaración escrita de cesión debe seguir la entrega de la cédula al cesionario. Si se había excluido la expedición de una cédula hipotecaria la cesión sólo es válida si se inscribe en el Registro.

Cuando el crédito está incorporado a un título-valor la transmisión del crédito tiene lugar mediante la entrega de éste no bastando el contrato de cesión. ENNECCERUS-LEHMANN, ob. cit., p. 383; LARENZ, ob. cit., p. 575.

<sup>53</sup> El parágrafo 402 dispone que «el antiguo acreedor está obligado a comunicar al nuevo acreedor la información necesaria para hacer valer el crédito y a entregarle los documentos que sirvan para la prueba del crédito en tanto se encuentren en su posesión». Las pretensiones del cesionario relativas a los informes, a que se le entreguen los documentos y a la expedición de un documento de la cesión son calificadas por ENNECCERUS-LEHMANN (ob. cit., p. 404) como «derechos auxiliares» cuyo destino es la realización del crédito. Vid. GAVIDIA, «Sistemas germánicos de cesión de créditos», en *ADC*, 1992, n.º 1, p. 106.

<sup>54</sup> MEDICUS, ob. cit., pp. 334, 335.

<sup>55</sup> Observa LARENZ, ob. cit., p. 593, que aunque la notificación oral de la cesión que realice el cedente, por su insuficiencia probatoria, no sustituye al documento que consigna la cesión -por tanto, el deudor puede negarse a pagar al cesionario en tanto no se le notifique por escrito la cesión o este último acredite de modo suficiente su titularidad- excluye que el deudor pueda liberarse, conforme al parágrafo 407, pagando al acreedor primitivo porque conoce la existencia de la cesión.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

mismo precepto le permite oponer al cesionario las excepciones («Einwendungen») derivadas de la celebración con el cedente de algún negocio jurídico relativo al crédito antes de conocer la existencia de la cesión<sup>56</sup>.

### IV. LA FORMA Y LA EFICACIA DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

#### 1. La forma requerida para la validez del contrato

Como es sabido, la cesión de créditos puede obedecer a variadas causas, compraventa, donación, dación en pago, etc. En el Derecho español es claro que la forma necesaria para el contrato de cesión del crédito será la propia del negocio utilizado como causa de la transmisión del crédito en cada caso. En consecuencia, cuando la cesión se realice a título gratuito le serán aplicables las reglas de forma de la donación<sup>57</sup>. Dado que los derechos de crédito se reputan bienes muebles aun cuando tengan como objeto la entrega de bienes inmuebles<sup>58</sup> parece que como regla general será aplicable el artículo 632 debiendo realizarse el contrato por escrito para que sea válido. Únicamente cabe plantearse la posibilidad de donación manual si el derecho de crédito está documentado en un título al portador. No obstante, en la hipótesis de transmisión gratuita de un crédito hipotecario, siempre que se entienda que tales créditos tienen la consideración de bienes inmuebles –cuando no estén incorporados a una cédula o título representativo (artículo 336 C.c.)– el contrato deberá celebrarse en escritura pública conforme al artículo 633 C.c.<sup>59</sup>.

Tratándose de un negocio oneroso, rige el principio de libertad de forma. No obstante, será aplicable el artículo 1.280.6 que exige el documento público para la cesión de

---

<sup>56</sup> GAVIDIA, «Sistemas germánicos de cesión de créditos», cit., pp. 111 y ss., observa que la opción adoptada por el legislador alemán ha sido la de favorecer la rápida circulación de los créditos excluyendo la necesidad de forma alguna de investidura posesoria y la necesidad de notificación al deudor para la producción del efecto traslativo. No obstante, en el BGB no se deja desprotegido al deudor. La protección de éste se articula, a juicio del indicado autor, en torno a tres puntos: la situación jurídica del deudor no debe resultar empeorada por la cesión (parágrafos 404-405); el deudor no debe ser perjudicado por una cesión de la que no tiene conocimiento si de buena fe actuó con persona distinta del verdadero adquirente (parágrafos 406-408) y el deudor a quien el cedente ha dado a conocer la cesión no puede verse perjudicado por la inexistencia o ineficacia de ésta (parágrafos 409-410). Un análisis detenido de estos preceptos puede verse en el artículo de Gavidia citado, pp. 114 y ss.

<sup>57</sup> LACRUZ, *Derecho de obligaciones, Parte general*, cit., p. 298; MADRIDEJOS SARASOLA, ob. cit., p. 389; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil II*, 6.ª ed., Madrid, 1992, p. 258; PANTALEÓN, *Cesión de créditos*, cit., p. 1099; GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., p. 187.

<sup>58</sup> GARCÍA VALDECASAS, *Parte general del Derecho civil español*, Madrid, 1983, p. 285; ALBALADEJO, *Derecho civil I, Introducción y Parte general*, vol. 2.º, 11.ª ed., Barcelona, 1991, p. 107.

<sup>59</sup> GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., p. 187; PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., p. 1099, indica que es dudosa la aplicación del artículo 633 C.c. a la cesión gratuita de un crédito hipotecario.

derechos o acciones procedentes de un acto consignado en escritura pública, si bien tal exigencia ha de interpretarse en relación con el artículo 1.279 C.c. como determinante de la posibilidad de los contratantes de compelerse a llenar dicha forma<sup>60</sup>. El artículo 149 de la Ley Hipotecaria vigente dice que «el crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro». La escritura pública requerida en este precepto no es presupuesto de validez del contrato de cesión de créditos hipotecarios, es necesaria únicamente para que pueda practicarse la inscripción registral precisa para la eficacia frente a terceros de la transmisión del crédito hipotecario<sup>61</sup>. El contrato de cesión de un crédito hipotecario celebrado verbalmente o en documento privado es pues plenamente válido, teniendo el cesionario acción para exigir al cedente, ex artículo 1.279 C.c., que otorgue la escritura pública necesaria para acceder al Registro y obtener la plena eficacia de la cesión. En este sentido se pronunció la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1985<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., p. 1099; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 815; GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 177 y ss.

<sup>61</sup> Mientras que el nacimiento del derecho real de hipoteca requiere la inscripción registral con carácter constitutivo, la transmisión de la hipoteca tiene lugar por efecto de la cesión del crédito (artículo 1.528 C.c.). Se afirma por ello que la inscripción registral tiene carácter meramente declarativo, no siendo necesaria más que para la eficacia frente a terceros de la transmisión del crédito hipotecario. Esta consecuencia se deduce, además, del artículo 1.526.2 ya que, como se indicó, la doctrina tiende a considerar que dicha norma prevé la hipótesis de cesión de créditos hipotecarios. Así ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. IV, 2.º, 7.ª ed., Barcelona, 1979, p. 870; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema II*, cit., p. 258; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ob. cit., p. 444; BADENES GASSET, ob. cit., p. 1079; SANCHO REBULLIDA, en *Elementos de Derecho civil III, Derechos reales*, vol. 2.º, *Derechos reales limitados, situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Barcelona, 1991, p. 377; GARCÍA GARCÍA, «Comentario a los artículos 1.874-1.880 C.c.», en *Comentarios del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991, p. 1913. LALAGUNA, «Los créditos hipotecarios», en *Estudios jurídicos en Homenaje al prof. Federico De Castro*, t. II, Madrid, 1976, p. 127, dice que los requisitos exigidos en el artículo 149.1 Ley Hipotecaria son necesarios «para que tenga plenos efectos la cesión».

LACRUZ, *Derecho de obligaciones, Parte general*, cit., p. 299, parece estimar que la inscripción registral no es meramente declarativa pues señala que es un requisito necesario «para que la cesión afecte a la hipoteca que lo garantiza» y añade que en tanto no se inscriba la cesión no surtirá efecto, no sólo frente a terceros, sino tampoco «frente al titular de la finca hipotecada».

<sup>62</sup> Dicha sentencia resolvió un litigio que, en síntesis, venía planteado así: el titular de un crédito hipotecario lo vendió a otro sujeto, celebrándose el contrato en documento privado. Se pactó en otro contrato anejo que ante terceros seguiría figurando el cedente como titular fiduciario quien, siguiendo las instrucciones del cesionario, instaría o no la ejecución de la finca, obligándose por ello el cesionario a pagarle determinadas cantidades. Debido a una serie de circunstancias que no vienen al caso, el cedente del crédito —y titular fiduciario— se niega a ejecutar la hipoteca y alega ser él el titular del crédito hipotecario. El cesionario presenta demanda en juicio declarativo en la que solicita que se declare que adquirió por cesión el crédito aludido y que se condene al demandado al otorgamiento de escritura pública en su favor. El demandado aduce que el contrato celebrado no era eficaz para transmitir el crédito hipotecario y que tenía el carácter de un contrato complejo o preparatorio. En primera instancia y apelación se desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación y dicta sentencia por la que se declara que fue «perfectamente válido, eficaz y con fuerza de obligar el contrato de cesión de crédito con garantía hipotecaria concertado entre las partes litigantes [...] privadamente documentado» y que «no ofrece ningún género de duda que en razón de lo estipulado en el mismo se operó la cesión de dicho crédito» a favor del demandante y posterior recurrente.

CLAVERÍA, en su comentario a esta sentencia (C.C.J.C. 1985, n.º 8, pp. 2531 y ss.), dice que el número 6 del artículo 1.280 no convierte al contrato de cesión de créditos hipotecarios en solemne pues lo

## 2. El artículo 1.527 C.c. y la eficacia de la cesión frente al deudor

Al analizar la regulación de la cesión de créditos en el Derecho comparado se ha podido observar que en algunos sistemas rigen en general las mismas reglas en lo que respecta a la eficacia de la cesión frente al deudor y frente a los demás terceros. Por lo que respecta al Derecho español, aunque la noción de tercero parece que engloba a cualquier sujeto no interviniente en el contrato (artículo 1.527 C.c.), es claro que debe ser un sujeto que ostente algún interés en conflicto<sup>63</sup> por lo que como tales se reputan esencialmente a los acreedores del cedente y a los eventuales cesionarios en caso de doble o múltiple cesión<sup>64</sup>. Aun cuando, conforme al artículo 1.527 C.c., el deudor es también un «tercero» respecto del negocio de cesión, la opinión general es que no está comprendido en el artículo 1.526 C.c.<sup>65</sup>. Pese a ello, ha sido corriente en nuestra doctrina, la afirmación, basada en el artículo 1.527, de que la cesión no es eficaz frente al deudor en tanto que no se le notifique el hecho de la cesión<sup>66</sup>, o tenga conocimiento de ésta<sup>67</sup>, o que hasta ese momento no se encuentra vinculado frente al cesionario<sup>68</sup>. En los estudios más recientes se ha observado, sin embargo, que el artículo 1.527 está dirigido a proteger al deudor por su no conocimiento de la cesión. Dicho precepto –que sólo se refiere al conocimiento del deudor y no alude en ningún momento a la necesidad de notificación– no es sino una aplicación del artículo 1.164 C.c., que permite la liberación del deudor cuando paga al acreedor aparente<sup>69</sup> ya que, como dice PANTALEÓN, en el supuesto del artículo 1.527 la existencia de una situación de apariencia en que legítimamente puede confiar el deudor viene ya dada por el hecho de que el acreedor primitivo es el sujeto que el deudor tiene perfecto derecho a seguir considerando como acreedor<sup>70</sup>. Si el deudor, antes de conocer la existencia de la cesión, paga al acreedor primitivo, queda liberado, pero ello es así porque paga al acreedor aparente, no porque la cesión sea ineficaz frente al deudor.

---

impide el artículo 1.278 y que no hay duda de que en el supuesto en cuestión se podía exigir la aplicación del artículo 1.279. Añade que, con base al artículo 1.528 C.c., el cesionario adquiere el derecho real de hipoteca aun antes del otorgamiento de la escritura pública y de la inscripción registral.

<sup>63</sup> Cfr. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, *Las relaciones jurídico-reales, El Registro de la Propiedad, La posesión*, 4.ª ed., Madrid, 1995, p. 373, en relación al concepto de tercero civil.

<sup>64</sup> GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 704; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., pp. 131 y ss.; LACRUZ, *Derecho de obligaciones, Parte general*, cit., p. 298.

<sup>65</sup> Por todos, GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 208, 209.

<sup>66</sup> DÍEZ-PICAZO, en la anterior edición de los *Fundamentos* (vol. I, Madrid, 1986, p. 805) decía que «para ser eficaz frente al deudor cedido, debe serle notificado a éste el hecho de la cesión». MANRESA, ob. cit., p. 557, afirma que la notificación es precisa para «la plenitud de efectos» de la cesión.

<sup>67</sup> MADRIDEJOS, ob. cit., pp. 392, 393, señala que la eficacia de la cesión frente al deudor queda conectada al conocimiento de la cesión por el mismo deudor. Lo mismo dice NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 112.

<sup>68</sup> ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. IV, cit., p. 874.

<sup>69</sup> PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., pp. 1.065 y ss.; «Comentario a los artículos 1.526 y ss.», cit., pp. 1025 y ss.; GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 249 y ss.

<sup>70</sup> PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., pp. 1065, 1066.



Se afirma, no obstante, que no cualquier noticia que el deudor tenga de la cesión le impide pagar con eficacia liberatoria al cedente. El deudor ha de tener un conocimiento fiable de la cesión<sup>71</sup>. Hay quien estima que sólo el conocimiento de la existencia de la cesión que haya adquirido el deudor mediante la notificación del cedente o la realizada por el cesionario acreditando su condición de tal excluye la eficacia liberatoria del pago hecho al cedente. Según GAVIDIA, la posesión del crédito, en el sentido del artículo 1.164 C.c., implica apariencia de titularidad, legitimación aparente para cobrar el crédito<sup>72</sup>. Para que el deudor pueda liberarse pagando al cedente es preciso que se destruya la apariencia de titularidad de que goza este último. Ello sólo sucede, según algunos autores, cuando el cedente notifica la cesión al deudor o cuando la notifica el cesionario pero acreditando de modo suficiente su titularidad, esto es, acompañando algún documento demostrativo de la transmisión del crédito: bien el propio contrato de cesión, bien un documento expedido por el cedente en que reconozca haberle cedido el crédito<sup>73</sup>. Por ello, aunque la ley no imponga al cedente la obligación de notificar al deudor la cesión del crédito<sup>74</sup>, ni exija la documentación del contrato (con inde-

<sup>71</sup> En general se dice que para que el deudor no pueda poner en duda el carácter y personalidad del cesionario no basta la mera noticia que éste le dé de la cesión, sino que tiene que demostrar al deudor la certeza de la transmisión (MANRESA, ob. cit., p. 557; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 114) y que el conocimiento de la cesión que el deudor pueda adquirir por rumores de terceros tampoco es relevante en este sentido si bien el principio de buena fe le obliga a no permanecer inactivo (GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 701).

<sup>72</sup> GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 288 y ss. En relación al concepto de posesión del crédito observa este autor (pp. 293-297) que si se aplica el artículo 1.464 C.c. a la transmisión de créditos podría entenderse entregada la posesión de éstos por la entrega de los títulos de pertenencia del crédito o por el ejercicio que del derecho de crédito haga el cesionario. Sin embargo, entendida la posesión del crédito como legitimación aparente, tales modalidades de entrega no son aptas para poner al cesionario en posesión de éste. Sólo confiere la posesión del crédito a los efectos del artículo 1.164, la notificación que el cedente haga de la cesión al deudor o la realización de un documento sobre la cesión suscrito por el cedente, que permite al cesionario acreditar su titularidad frente al deudor si es él, y no el cedente, quien le notifica la cesión.

<sup>73</sup> GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 284, 287; PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., pp. 1070 y ss., analiza los distintos supuestos en que el deudor puede dudar sobre la identidad del acreedor y, resumiendo, viene a decir lo siguiente: no habiendo notificado el acreedor originario al deudor la realización de la cesión, la reclamación del pago o la mera notificación de la cesión que haga al deudor el presunto cesionario no constituye conocimiento de la cesión en el sentido del artículo 1.527. En tanto el sedicente cesionario no pueda exhibir para demostrarlo un documento en el que conste el contrato de cesión, el deudor pagará bien si paga al acreedor originario. Obviamente, si el deudor se pone en contacto con el acreedor originario y éste le confirma haber llevado a cabo la cesión, el deudor deberá pagar al nuevo acreedor.

Si el deudor tiene noticias de que ha existido una cesión del crédito por una vía distinta de la notificación de cualquiera de las partes hará bien en pagar sin más al primitivo acreedor, pues tales noticias no pueden considerarse «conocimiento» de la cesión.

Si el acreedor originario ha notificado al deudor la realización de la cesión, pero tal notificación ha sido meramente verbal, el deudor podrá retener legítimamente la prestación hasta el momento en que la notificación de la cesión le sea reiterada por escrito o el reclamante pueda acreditar la cesión mediante un documento en el que conste el contrato.

<sup>74</sup> Para GAYA SICILIA («La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido: ¿carga del cedente o del cesionario?», en *Estudios de Derecho civil en homenaje a Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, pp. 392 y ss.) la notificación es una carga —no una obligación— que pesa sobre el cesionario. Indica esta autora que si se parte de la eficacia inmediata de la cesión frente al deudor y se conecta la noción de carga con la de interés o conveniencia práctica (entendiendo por carga aquel poder de decidir sobre el ejerci-

pendencia de que ello pueda resultar conveniente por el juego del artículo 1.526), ni obligue al cedente a entregar al cesionario documento alguno que le permita probar la transmisión del crédito, no cabe duda de que tales exigencias pueden derivarse del artículo 1.258 C.c.<sup>75</sup>.

### 3. La documentación del contrato como presupuesto de su eficacia frente a terceros: el artículo 1.526.1 C.c.

Hemos visto que, salvo para la hipótesis en que la cesión del crédito se haga «causa donandi», el negocio dirigido a la transmisión del mismo no requiere ninguna forma específica para su validez. De lo dispuesto en el artículo 1.526.1 parece deducirse, sin embargo, que la cesión no es eficaz frente a terceros si no consta en documento de fecha cierta. Se ha indicado ya quiénes son los terceros que se consideran comprendidos en este precepto. Conviene señalar, no obstante, que la *eficacia frente a terceros* a que se refiere el artículo 1.526 se considera equivalente a la *oponibilidad* del contrato de cesión –posibilidad de que los contratantes funden en el negocio una pretensión dirigida contra un tercero–, pero no a su *utilizabilidad* –posibilidad de que los terceros se sirvan de la celebración del negocio como fundamento de su pretensión frente a las partes–<sup>76 77</sup>. Se entiende así que la cesión que no reúna los requisitos del artículo 1.526 C.c. no perjudica a los acreedores del cedente o a los ulteriores cesionarios en caso de doble o múltiple cesión de manera que los primeros podrán embargar el crédito cedido

---

cio de un acto cuya realización conviene al sujeto actuante ya que su inobservancia puede provocarle consecuencias desfavorables aunque no implique ninguna sanción legal) la carga de la notificación recaerá en aquel sujeto para quien los efectos útiles de ésta sean mayores y, por tanto, en el cesionario.

<sup>75</sup> PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., pp. 1072, 1101; Gavidia, *La cesión de créditos*, cit., p. 287.

NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 114, dice que el cesionario puede exigir al cedente que notifique al deudor cedido la realización de la cesión haciendo uso de la facultad concedida por el artículo 1.279 de compelerse a llenar la forma cuando es necesaria para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato: «Como no cabe duda, –dice– según el artículo 1.527, de que el conocimiento de la cesión es un requisito para su eficacia frente al deudor, es lógico que en virtud del artículo 1.279 el cesionario pueda compeler al cedente para que realice la notificación». Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la notificación que pueda efectuar el cedente al deudor no es en modo alguno «forma» del contrato de cesión. La forma del contrato es la manera de exteriorizar la declaración de voluntad o, en todo caso, la manera de plasmar –documentalmente– las declaraciones de voluntad ya emitidas. La notificación de que se ha llevado a cabo la cesión, hecha a un sujeto extraño al negocio (en el sentido de que no interviene en el mismo) como es el deudor, no puede considerarse como forma del contrato de cesión, ni por tanto, permite la aplicación del artículo 1.279. La posibilidad de que el cesionario solicite al cedente que notifique al deudor la cesión puede sustentarse, como hemos dicho, en el artículo 1.258 C.c., pero no en el artículo 1.279.

<sup>76</sup> Sobre tales conceptos, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. I, *Introducción, Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993, p. 402.

<sup>77</sup> LACRUZ, *Derecho de obligaciones, Parte general*, cit., p. 298; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 234; Díez-PICAZO, *Las relaciones obligatorias*, cit., p. 815; GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 209, 210.

sin que el cesionario pueda hacer valer frente a ellos la transmisión del mismo y, en el supuesto de múltiple cesión, aun siendo el primer cesionario el que adquiere la titularidad del crédito —de acuerdo con el sistema de transmisión consensual de los derechos de crédito—, si el contrato no se ajusta a lo establecido en el artículo 1.526, no podrá hacer valer la cesión en perjuicio de los demás<sup>78</sup>. Por el contrario, la *utilizabilidad* del contrato de cesión no se considera supeditada a lo dispuesto en el artículo 1.526.1 C.c., afirmándose que los terceros que estén interesados en la cesión podrán hacerla valer frente al cedente o el cesionario siempre que prueben su realización (por ej. los acreedores del adquirente que pretendan embargar el crédito)<sup>79</sup>.

El significado que ha de darse a la remisión del artículo 1.526 a los artículos 1.218 y 1.227 plantea mayores dificultades de interpretación. La tendencia general parece ser la de afirmar la inoponibilidad de la cesión que no conste en escritura pública (artículo 1.218) o documento privado de fecha cierta conforme al artículo 1.227, entendiéndose que la remisión del artículo 1.526 a los indicados preceptos implica que el contrato de cesión celebrado verbalmente o en documento privado en que no se den las circunstancias del artículo 1.227 no puede oponerse a terceros. No obstante, se hace una salvedad a esta regla, en atención a las exigencias derivadas del principio de buena fe (artículo 7.1 C.c.), cuando se demuestra que el tercero conocía la cesión<sup>80</sup>. Se acepta en este último punto la opinión de COSSÍO quien sostiene que la cesión no documentada conforme a los artículos 1.218 y 1.227 C.c. es eficaz frente a aquellos terceros que conozcan la cesión, porque tales preceptos «no contienen formas constitutivas, sino tan sólo reglas de valoración de la prueba que podrán en cualquier momento ser desvirtuadas mediante la demostración de los hechos contrarios»<sup>81</sup>.

Frente a la postura de COSSÍO se alza la opinión de PANTALEÓN quien sostiene que si se interpreta el artículo 1.526.1 como mero recordatorio de lo dispuesto en los artículos 1.218 y 1.227 resulta una norma superflua debiendo estimarse, según este autor, que se trata de una norma procesal que tasa los medios de prueba contra tercero de la existencia de la cesión en una determinada fecha. Desde su punto de vista la

<sup>78</sup> Debe tenerse en cuenta que para aquellos autores que sostienen que la transmisión del derecho de crédito está sujeta a la teoría del título y el modo no adquiriendo el cesionario el derecho de crédito sino mediante la «cuasitradicción», el artículo 1.526 no soluciona los conflictos entre distintos cesionarios. Se entiende que en los casos de doble cesión tendrá preferencia el cesionario que primeramente haya entrado en posesión del crédito mediante cualquier forma de tradición y, a falta de cualquier signo de toma de posesión o de «cuasitradicción», tendrá preferencia el cesionario que primero haya hecho notificar al deudor la cesión. Así, MANRESA, *Comentarios*, t. X, 1.º, cit., p. 560; BADENES GASSET, ob. cit., p. 1072; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., pp. 145 y ss. Este último considera aplicable el artículo 1.473 a esta hipótesis y distingue según que el crédito recaiga sobre una cosa mueble o inmueble afirmando que en este último caso habrá de atribuirse la preferencia a aquel cesionario que antes haya inscrito su título en el Registro.

<sup>79</sup> GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., p. 209.

<sup>80</sup> MANRESA, ob. cit., pp. 553, 554; LACRUZ, *Derecho de obligaciones, Parte general*, cit., p. 298; GARCÍA CANTERO, ob. cit., pp. 703, 704; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 130.

<sup>81</sup> COSSÍO, *Instituciones de Derecho civil*, t. I, Madrid, 1977, p. 375.

norma del artículo 1.526.1 significa que la certeza de la fecha de la cesión sólo puede probarse frente a terceros si el contrato consta en escritura pública o en documento privado en las circunstancias del artículo 1.227. No obstante, indica PANTALEÓN, como la jurisprudencia ha interpretado que el artículo 1.227 no impide que el juzgador pueda estimar probada la fecha de un documento privado cuando se cuenta con otros medios de prueba además del documento, la exigencia del artículo 1.526.1 determina únicamente la necesidad de que el contrato conste por escrito<sup>82</sup>.

GAVIDIA entiende, sin embargo, que deben mantenerse en órbitas separadas la eficacia de la cesión en el tráfico y la posibilidad de probar la celebración del negocio, y su fecha, en el proceso. Según este autor, lo que del artículo 1.526 se desprende es que la cesión que consta en documento de fecha cierta conforme a los artículos 1.218 y 1.227 prevalece sobre la que no lo está, pero ello no impide que pueda demostrarse otra cosa mediante cualquier medio de prueba. Afirma que entender que el artículo 1.526 no limita los medios de prueba de la celebración de la cesión en una determinada fecha no hace el precepto innecesario, ya que en él se exige la certeza de la fecha de la cesión como requisito de su oponibilidad frente a terceros lo que tiene como finalidad el advertir que para la cesión de créditos no hace falta su entrega y que en el conflicto entre diversos cesionarios no se ha de acudir a las reglas del artículo 1.473 C.c. —concretamente al criterio de entrada en posesión del crédito— sino a la fecha (demostrada) de la cesión para determinar la preferencia entre los distintos cesionarios. GAVIDIA justifica esta interpretación indicando que si la finalidad del artículo 1.526 es evitar que puedan hacerse ilusorios derechos ya adquiridos de terceros, limitar procesalmente los medios de prueba de la cesión podría dar lugar a hacer también ilusorios derechos ya adquiridos: los del cesionario o sus acreedores<sup>83</sup>.

La opinión de GAVIDIA, que distingue entre la eficacia de la cesión en el tráfico y en el proceso, no concuerda con lo que se desprende de los antecedentes históricos del artículo 1.526. En el Proyecto de 1851 toda cesión de valor superior a 100 duros debía constar por escrito con carácter «ad probationem». En tal caso, regía el artículo 1.209 con base al cual la fecha del documento sólo podía probarse frente a terceros en determinadas circunstancias. La tasa de la prueba era absoluta: no cabía acudir a medios de prueba supletorios para demostrar la fecha de redacción del documento. De entenderse que el artículo 1.457, que se remitía a los preceptos que regulan la eficacia probatoria de los documentos en cuanto a la determinación de la certeza de la fecha de la cesión, se refería a los supuestos en que la cesión debía constar por escrito, el precepto resultaría superfluo. Por tanto, hay que entender que dicho precepto implicaba que la cesión, cualquiera

---

<sup>82</sup> PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., pp. 1085, 1099, 1100; «Comentario a los artículos 1.526-1.536 C.c.», cit., p. 1.024.

<sup>83</sup> GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 213, 214.

que fuese su valor, debía constar documentalmente para que su fecha pudiese probarse eficazmente frente a terceros<sup>84</sup>. En el Anteproyecto desapareció la necesidad de que la cesión constara por escrito para su prueba. Se mantuvo, sin embargo, la remisión a los preceptos que regulan la eficacia probatoria de los documentos en cuanto a la determinación de la veracidad de la fecha de la cesión. Ello hace pensar que fue voluntad de los redactores del Anteproyecto y, posteriormente, del legislador del Código el que la fecha de la cesión se probara documentalmente: en escritura pública o en documento privado, si bien, en este último caso debían darse ciertas circunstancias para que la fecha plasmada en el documento pudiese computarse respecto de terceros.

El artículo 1.526 establece como criterio para la solución de conflictos entre el cesionario y los terceros el de la fecha de la cesión, pero al mismo tiempo limita los medios de prueba frente a terceros de la celebración de la cesión en una determinada fecha, lo que implica, de manera indirecta, que la cesión debe constar documentalmente para que pueda perjudicar a terceros.

Ahora bien, la voluntad del legislador resulta en cierta medida desvirtuada por la interpretación que la jurisprudencia ha venido realizando del artículo 1.227 C.c. (cuyo fin es, conforme a sus antecedentes, impedir que la fecha de un documento privado pueda probarse por medios distintos a los en él previstos), con base a la cual las partes pueden acudir a cualquier medio de prueba para llevar al juzgador a la convicción de la veracidad de la fecha consignada en un documento privado.

En cualquier caso, en la medida que la fecha del contrato de cesión de créditos debe ser probada frente a terceros documentalmente, la documentación deviene, indirectamente, presupuesto de la eficacia frente a terceros de la cesión. Por ello es razonable entender que el cesionario, ex artículo 1.279, puede instar al cedente a elevar el contrato —verbal o en documento privado— a escritura pública<sup>85</sup>.

<sup>84</sup> GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 99, 100, piensa que el artículo 1.457 del Proyecto de 1851 implicaba que en el tráfico era inoponible una cesión no documentada o documentada pero sin que su fecha hubiese alcanzado la condición de cierta, pero que, dentro del proceso, el artículo 1.457 no limitaba los medios de prueba para demostrar que la cesión se había producido en una determinada fecha. Esta conclusión es errónea puesto que, como se ha podido ver, el artículo 1.209 del Proyecto limitaba de modo absoluto los medios de prueba de la fecha de los contratos que constaban por escrito. Si el artículo 1.457 del Proyecto se remitía a este precepto para determinar cuándo la fecha de la cesión tenía la condición de cierta, no puede entenderse que la misma podía probarse por cualquier medio.

<sup>85</sup> El cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 1.227, tales como la incorporación del documento privado a un registro público o su entrega a un funcionario público por razón de su oficio parece que no requiere la cooperación del cedente pues, encontrándose documentado el contrato, como es lo habitual, en tantos ejemplares como partes contratantes, bastará que el cesionario inscriba o entregue el ejemplar que se encuentra en su poder. El cesionario puede, por ejemplo, solicitar al notario que protocolice el documento privado, protocolización que, si bien no altera el carácter privado del documento ni le otorga los efectos propios del documento público, le otorga fecha cierta a los efectos del artículo 1.227 (sobre la protocolización, GIMÉNEZ ARNAU, «El instrumento público en los negocios jurídicos formales y en los negocios jurídicos consensuales», en *RCDI*, 1949, p. 577; CHICO ORTIZ y RAMÍREZ RAMÍREZ, *Temas de Derecho notarial y calificación registral del instrumento público*, Madrid, 1972, p. 59; ALEGRE GONZÁLEZ, «Elevación a escritura pública de documentos privados», en *RDP*, 1974, p. 794).

#### 4. El párrafo segundo del artículo 1.526. Su aplicación a la cesión de créditos hipotecarios

Como se ha dicho, el artículo 1.526.2 se considera fundamentalmente aplicable a la cesión de créditos hipotecarios<sup>86</sup>. De la combinación del artículo 149 L.H.<sup>87</sup> con el 1.528 C.c. —del que se infiere que la transmisión de la hipoteca tiene lugar como consecuencia de la transmisión del crédito— y con el artículo 1.526.2 —que dispone que la cesión no surte efecto frente a tercero sino desde su inscripción en el Registro— deduce la doctrina que la inscripción de la cesión del crédito hipotecario tiene carácter declarativo y no constitutivo<sup>88</sup>. Si se interpreta el artículo 1.526.2 en consonancia con la regla de inoponibilidad de lo no inscrito que se deriva de los artículos 606 C.c. y 32 L.H., es claro que el tercero que puede no verse afectado por la cesión no inscrita ha de ser un tercero protegido por el Registro. Aunque se discute si el tercero del artículo 32 L.H. es distinto del del artículo 34 L.H. o si existe una sola figura de tercero a efectos registrales, para los que sostienen que existen dos tipos distintos la diferencia entre uno y otro se reduce, en definitiva, a considerar que el artículo 32 L.H. protege también al inmatriculante que queda fuera del ámbito del artículo 34<sup>89</sup>. Como en esta hipótesis la

<sup>86</sup> Se indica que dicha regla debe extenderse a la cesión de créditos afectados por cualquier otro sistema de publicidad registral como pueden ser los garantizados por hipoteca mobiliaria o los derivados de un contrato de venta de bienes muebles a plazos. GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., p. 215.

<sup>87</sup> El artículo 149 Ley Hipotecaria dispone que el crédito hipotecario puede cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, se inscriba en el Registro y «se dé conocimiento» al deudor de la cesión. Independientemente de la posibilidad que prevé el artículo 242 R.H. de renuncia del deudor a la notificación (en cuyo caso se entiende que el deudor se compromete a satisfacer el crédito al que resulte ser verdadero acreedor en el momento del pago, lo que le impone la necesidad de averiguar si la persona que se lo exige es el verdadero acreedor —cfr. ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL, ob. cit., p. 873; BADENES GASSET, ob. cit., p. 1080; NAVARRO PÉREZ, ob. cit., p. 121; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 258—) y de la excepción que contempla el artículo 150 Ley Hipotecaria en relación a los créditos hipotecarios incorporados a títulos endosables o al portador (para cuya transmisión declara el propio precepto que no es necesaria la inscripción registral) suele decirse que la notificación de la cesión del crédito hipotecario es necesaria, conforme al artículo 1.527 C.c., para que la cesión surta efectos respecto del deudor o quede éste vinculado con el cesionario (PEÑA, ob. cit., p. 444; ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. IV, 2.º, cit., p. 874; BADENES GASSET, ob. cit., p. 1079). Como ya se indicó en relación a la cesión de créditos en general, debe entenderse que la cesión del crédito hipotecario es eficaz frente al deudor desde que se celebra el contrato, si bien el desconocimiento de la misma por el deudor puede determinar su liberación si paga al primitivo acreedor por ser éste el acreedor aparente. Por ello, permite el artículo 176 R.H. (en relación con el 243 que prevé que en la inscripción de la cesión se hará constar si se ha verificado u omitido la notificación al deudor) que pueda cancelarse la inscripción de cesión de créditos hipotecarios cuando el deudor pague al cedente no constando en el Registro que «se ha dado conocimiento al deudor» de la cesión. El precepto presume la falta de conocimiento de la cesión por el deudor y, por tanto, la liberación del mismo a consecuencia del pago hecho al cedente, ello sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el cedente conforme al artículo 151 Ley Hipotecaria (vid. GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 268 y ss.).

<sup>88</sup> Cfr. nota 61.

<sup>89</sup> La opinión que niega la uniformidad del tercero protegido por el Registro estima en general (salvo alguna excepción) que éste ha de ser un adquirente de algún derecho real que entre en colisión con el derecho no inscrito, debe haber inscrito su título en el Registro y debe tener buena fe. Para algunos (así, DÍEZ-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., p. 474) el artículo 32 protege a los adquirentes sin necesidad de que su título sea oneroso.

posibilidad de tercero inmatriculante no se plantea, el tercero al que no afecta la cesión viene a ser el que reúne los caracteres requeridos en el artículo 34 L.H. Ha de tratarse de un titular inscrito que haya adquirido, de buena fe y a título oneroso, algún derecho real de aquel que en el Registro aparece como titular del derecho de hipoteca. Es por ello, que el artículo 1.526.2 resulta fundamentalmente aplicable al supuesto de doble cesión: la cesión anterior pero no inscrita no perjudica a la que ha tenido acceso al Registro –en las condiciones antedichas– aunque su fecha de celebración sea posterior<sup>90</sup>. No obstante, señala PEÑA que también están protegidos frente a la cesión del crédito hipotecario no inscrita los beneficiarios de una posposición de rango o una liberación parcial de la hipoteca concertada con el que figura en el Registro como titular de la hipoteca o los rematantes o adjudicatarios del bien hipotecado en la ejecución promovida por quien figura todavía como titular de la hipoteca<sup>91</sup>.

Frente a los acreedores del cedente –aun cuando hayan obtenido una anotación de embargo sobre el crédito hipotecario cedido<sup>92</sup>– la cesión del crédito hipotecario es eficaz sin necesidad de inscripción, ya que la oponibilidad de la cesión frente a aque-

---

Por todos, vid. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. I, 7.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1979, pp. 534 y ss.; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ob. cit., pp. 590 y ss.; DíEZ-PICAZO, ob. loc. ult. cit., pp. 471 y ss.; LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho civil III bis, Derecho inmobiliario registral*, Barcelona, 1984, pp. 161 y ss.

<sup>90</sup> ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. IV, 2.º, p. 872; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, ob. cit., p. 444; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, cit., p. 258; GARCÍA GARCÍA, «Comentario a los artículos 1.874-1.880 C.c.», cit., p. 1913, dice en este sentido, que el tercero al que se refiere el artículo 1.526.2, es «el tercero que no ha inscrito frente al cesionario que ha inscrito, que por eso es tercero protegido por la inscripción. Se trata, pues, de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 32 Ley Hipotecaria y 606 y 1.473.2 C.c., por lo que si se hubiera producido doble o triple cesión del crédito hipotecario, la adquisición correspondería a quien antes haya inscrito la cesión en el RP».

<sup>91</sup> PEÑA, ob. cit., p. 445. En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA, *Derechos reales limitados*, cit., p. 377.

En cambio, los adquirentes de la finca hipotecada, o sea, los terceros poseedores (sean adquirentes de la propiedad, del usufructo, del dominio útil o del directo, cfr. artículo 134.2 L.H.) no son verdaderos terceros a estos efectos (ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, ob. cit., p. 872). Como observa PEÑA, ob. cit., p. 450, «el concepto de tercer adquirente es independiente del concepto de tercero hipotecario o tercero protegido por el artículo 34 Ley Hipotecaria: el adquirente del dominio a título gratuito (donatario o legatario) es tercer poseedor y no está protegido por el artículo 34 Ley Hipotecaria». En página 592, nota 6, añade que los conceptos de tercer poseedor o de tercer adquirente tienen otros requisitos y otra significación que el tercero del artículo 34: «no se trata de protegerles frente al derecho real no inscrito, sino de acotar –para facilitar el tráfico y el crédito territorial– el alcance del derecho real inscrito». En la misma línea, GARCÍA GARCÍA, ob. cit., p. 1917.

En consecuencia, el que haya adquirido la finca hipotecada se ve afectado por la cesión del crédito hipotecario y, por tanto, por la transmisión de la hipoteca, aun cuando no se haya practicado la inscripción registral, por lo que le será oponible la cesión del crédito hipotecario si consta en documento de fecha cierta (artículo 1.526.1).

<sup>92</sup> ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. IV, 2.º, cit., p. 872, nota 2, advierten que los acreedores del cedente no tienen la protección de la fe pública registral respecto de la cesión anterior no inscrita, ya que, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 Ley Hipotecaria, la anotación de embargo sólo les garantiza su crédito respecto de los actos posteriores de cesión o gravamen del crédito hipotecario. En el mismo sentido, GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., pp. 215, 216.

llos que no tengan la consideración de tercero hipotecario se rige por la regla primera del artículo 1.526<sup>93</sup>. De ahí que si en el supuesto de múltiple cesión ninguna de ellas ha sido inscrita o si el cesionario es de mala fe, deba prevalecer la primeramente celebrada siempre que conste en documento de fecha cierta<sup>94</sup>.

PANTALEÓN opina que el artículo 1.526.2 debe ponerse en conexión con el artículo 313 L.H. y afirma que dicha norma «no tiene nada que ver con el problema de las adquisiciones “a non domino” de los créditos hipotecarios con base en el principio de fe pública registral». Indica, no obstante, este autor que tal precisión no tiene otro objeto que impedir que se interprete el párrafo primero del artículo 1.526 en el sentido de establecer un criterio de preferencia distinto al de prioridad temporal en los supuestos de conflicto entre distintos cesionarios<sup>95</sup>.

Aunque se interpretara el artículo 1.526.2 en el sentido del 313 L.H. la solución en el supuesto de doble cesión del crédito hipotecario sería la misma. El considerar que el tercero que no se ve perjudicado por la cesión no inscrita es el cesionario que inscribe frente al que no lo hace, es consecuencia del juego de los principios hipotecarios según los cuales el tercero frente al que no surte efecto la transmisión del crédito hipotecario no inscrita sólo puede ser un adquirente del crédito hipotecario o, como dice PEÑA, un tercero que haya adquirido algún derecho real del sujeto que aparece en el Registro como titular de la hipoteca. El artículo 313 L.H. impide que se admitan como medios de prueba los documentos que debieron ser inscritos, pero se trata de una mera inadmisibilidad documental que no excluye la posibilidad de usar otros medios de prueba para demostrar la efectiva constitución o transmisión de los derechos reales no inscritos. Una vez probada la mutación real, la eficacia frente a terceros del derecho real no inscrito se rige por las reglas generales y, particularmente, por los artículos 32 y 34 L.H.<sup>96</sup>. Ello significa que, en cualquier caso, y pese a que de acuerdo con el sistema de transmisión consensual debe adquirir el crédito el primero en celebrar el negocio de cesión, si alguno de los cesionarios ha inscrito su título en el Registro prevalece sobre el que no lo ha hecho<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> En este sentido decían Díez-PICAZO y GULLÓN, en la 4.ª edición del *Sistema*, vol. II, Madrid, 1985, p. 320, que «si los acreedores del cedente, que son otros terceros en relación con el negocio de cesión, embargan el crédito, habrá que levantar la traba desde el momento en que se demuestre, mediante documento de fecha auténtica, que con anterioridad se produjo aquel negocio, en virtud del principio general de su oponibilidad desde la certeza de la fecha».

<sup>94</sup> GAVIDIA, *La cesión de créditos*, cit., p. 215, hace notar que aunque en el artículo 1.526.2 se dé la misma solución que en el artículo 1.473.2 C.c. es porque una y otra norma son aplicación del principio de inoponibilidad de lo no inscrito, pero no porque el primero se remita al segundo. Debe evitarse acudir al criterio subsidiario del artículo 1.473.3 de la entrada en posesión del bien para determinar la preferencia entre los distintos cesionarios del crédito hipotecario cuando ninguno ha inscrito su título, ya que el criterio aplicable es el del artículo 1.526.1.

<sup>95</sup> PANTALEÓN, «Cesión de créditos», cit., p. 1.086.

<sup>96</sup> Cfr. Díez-PICAZO, *Las relaciones jurídico-reales*, cit., p. 479.

<sup>97</sup> En la hipótesis de doble cesión del crédito hipotecario, la fe pública registral ampara al cesionario que ha inscrito no sólo en cuanto al derecho de hipoteca sino también, en palabras de PEÑA BERNALDO



En cambio, en cuanto a la oponibilidad de la cesión no inscrita frente a los acreedores del cedente, la solución sería distinta a la anteriormente expuesta si se interpretara el artículo 1.526.2 en relación al artículo 313 L.H. El artículo 313 L.H. dispone que cuando se trate de derechos que ya hubiesen tenido acceso al Registro la inadmisión de los documentos no inscritos procede *cualquiera que sea la persona contra quien se pretenda hacerlos valer*. Si el documento no inscrito no puede admitirse como medio de prueba, parece que no podría entrar en juego la regla primera del artículo 1.526. El cesionario no podría interponer tercería de dominio frente a los acreedores embargantes aunque su título fuese de fecha cierta (artículo 1.526.1) y sólo podría oponerse al embargo si se hubiese inscrito la cesión en el Registro (artículo 38.3 L.H.).

---

DE QUIRÓS (ob. cit., p. 445) «en cuanto al crédito mismo que adquiere de quien en el Registro aparece todavía como acreedor sin serlo por haberlo ya transmitido». Se trata de un supuesto excepcional explicable, a juicio de este autor, porque el crédito comporta un derecho real. En el mismo sentido, SANCHO REBULLIDA, *Derechos reales limitados*, cit., p. 377.



## BIBLIOGRAFÍA

ALABISO: *Il contratto preliminare*, Milano, 1966.

ALBALADEJO: *Derecho civil*, I, *Introducción y parte general*, vol. 2.º, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 11.ª ed., Barcelona, 1991.

– *Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Los contratos en particular y las obligaciones contractuales*, 8.ª ed., Barcelona, 1989.

– *Derecho civil*, III, *Derecho de bienes*, vol. 1.º, *Parte general y Derecho de propiedad*, 7.ª ed., Barcelona, 1991.

– *Derecho civil*, III, *Derecho de bienes*, vol. 2.º, *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la propiedad*, 7.ª ed., Barcelona, 1991.

– «Comentario al artículo 609 C.c.» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. VIII, 1.º, Madrid, 1987.

– «Comentario a los artículos 618-644 C.c.» en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991.

– «La representación», en *ADC*, 1958, t. XI.

– «La jurisprudencia del T.S. sobre la voluntad unilateral como fuente de obligaciones», en *RDP*, 1977, t. LXI.

– «La nulidad de la donación con cláusula de reversión a favor del donante, si ésta no guarda la debida forma solemne», en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Guadalajara, 1989.

ALBALADEJO y DÍAZ ALABART: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. VIII, 2.º, Madrid, 1986.

ALBIEZ DOHRMANN: *El reconocimiento de deuda, aspectos contractuales y probatorios*, Granada, 1987.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

- «Comentario a los artículos 1.628 y 1.629 C.c.», en *Código civil, doctrina y jurisprudencia*, dirigido por Albácar López, t. VI, Madrid, 1991.
- ALEGRE GONZÁLEZ: «Elevación a escritura pública de documentos privados», en *RDP*, 1974.
- ÁLVAREZ: *Instituciones de Derecho real de España*, t. I y II, 3.ª ed., Madrid, 1929.
- AMORÓS GOSÁLBEZ: «La donación remuneratoria y la con carga en nuestro Derecho», en *Conferencias del Colegio notarial de Valencia*, 1945.
- AMORÓS GUARDIOLA: «Comentario a los artículos 1.325-1.335 C.c.», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984.
- APALATEGUI: En *Código civil comentado de Scaevola*, t. XXIX, Madrid, 1955.
- ARCHI: Voz «Donazione» (Dir. rom.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIII.
- ARIAS RAMOS: «La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana», en *RDP*, 1943, t. XXVII.
- *Derecho romano*, vol. I, *Parte general, derechos reales*, 13.ª ed. rev. por Bonet, Madrid, 1974.
- ARIAS RAMOS y ARIAS BONET: *Derecho romano*, vol. II, *Obligaciones, familia, sucesiones*, 18.ª ed., Madrid, 1991.
- ARVIZU: *Las donaciones intervivos en el Derecho civil de Navarra*, vol. 1.º, Pamplona, 1964.
- ASCARELLI: «Il negozio indiretto» y «Contratto misto, negozio indiretto, “negotium mixtum cum donatione”», ambos en *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952.
- ASCOLI: *Trattato delle donazioni*, 2.ª ed., Milano, 1935.
- Voz «Donazione» (Dir. rom.), en *Nuovo Digesto italiano*, t. V.
- ASSO y MANUEL: *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 3.ª ed., Madrid, 1780.
- ASTUTI: Voz «contratto» (Dir. interm.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. IX.
- ASÚA GONZÁLEZ: «Comentario a la sentencia de 14 de marzo de 1995», en *CCJC* 1995, n.º 38.
- ATAZ: «Comentario a la sentencia de 23 de mayo de 1987», en *CCJC* 1987, n.º 14.
- «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones», en *Estudios de Derecho civil en homenaje a Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992.
- BADENES GASSET: *El contrato de compraventa*, t. II, Barcelona, 1979.
- BADÍA SALILLAS: «En torno a la problemática de la personalidad jurídica de la sociedad civil en el Derecho español», en *RCDI*, 1986.
- BALBI: *La donazione*, en *Trattato di Diritto civile* dirigido por Grosso y Santoro Passarelli, vol. II, 4.º, Milano, 1964.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ: *La hipoteca (génesis de su estructura y función)*, Madrid, 1980.
- BARASSI: *Instituciones de Derecho civil*, t. II, trad. y notas de García de Haro y Falcón, Barcelona, 1955.
- *I diritti reali limitati, in particolare l'usufrutto e le servitù*, Milano, 1937.
- BARATTA: Voz «Donazione» (Dir. civ.), en *Nuovo Digesto italiano*, t. V.
- BARBA: Voz «Ritenzione» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XL.
- BARBERO: *Sistema del Diritto privato italiano*, vol. 1.º, Torino, 1965.
- BATLLE VÁZQUEZ: «Comentario a los artículos 1 a 7 C.c.», en *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. I, 1.ª ed., Jaén, 1978.
- BATTISTA: *Del contratto de società e del mandato*, en *Il Diritto civile italiano* dirigido por Fiore y Brugi, parte dodicesima, Napoli-Torino, 1920.
- BAUDRY-LACANTINERIE: *Trattato teorico-pratico di Diritto civile, Della vendita, della permuta*, versión italiana, Milano, s.f.
- BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE: *Trattato teorico-pratico di Diritto civile, Delle obbligazioni*, vol. IV, versión italiana, Milano, 1915.

- BAUDRY-LACANTINERIE y COLIN: *Trattato teorico-pratico di Diritto civile, Delle donazioni fra vivi e dei testamenti*, vol. I, versión italiana, Milano, 1824.
- BAUDRY-LACANTINERIE, COURTOIS y SURVILLE: *Trattato teorico-pratico di Diritto civile, Del contratto di matrimonio e dei regimi matrimoniali*, vol. 1.º, versión italiana, Milano, s.f.
- BAUDRY-LACANTINERIE y LOYNES: *Trattato teorico-pratico di Diritto civile, Del pegno, dei privilegi, delle ipoteche e della espropriazione forzata*, vol. I y II, versión italiana, Milano, s.f.
- BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL: *Trattato teorico-pratico di Diritto civile, Della società, del mutuo, del deposito*, versión italiana, Milano, 1914.
- BAUR y STURNER: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16.ª ed., München, 1992.
- BELTRÁN DE HEREDIA: «La tradición como modo de adquirir la propiedad», en *RDP*, 1967.
- *El derecho de retención en el Código civil español*, Salamanca, 1955.
- BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. y concordancias con el Derecho español por Martín Pérez, Madrid, 1949.
- *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. por De los Mozos, Madrid, 1975.
- BIANCA: *Diritto civile*, t. III, *Il contratto*, Milano, 1984.
- BIANCHI: *Delle ipoteche*, Napoli-Torino, 1914.
- *Del contratto di matrimonio*, en *Il Diritto civile italiano* dirigido por Fiore y Brugi, parte duodécima, Napoli-Torino, 1924.
- BIGLIAZZI GERI: *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* dirigido por Cicu y Messineo, vol. XI, 3.º, Milano, 1984.
- Voz «Procura», en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXVI.
- BIONDI: *La donazioni*, en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por Vassalli, t. XIX, 4.º
- Voz «Donazione», en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI.
- «Donazione e contratto a favore di terzo», en *Il foro italiano*, 1958, t. I.
- Voz «Cessione di crediti e di altri diritto» (Dir. rom.), en *Novissimo Digesto italiano*, vol. III.
- *Instituzioni di Diritto romano*, reimp. de la 4.ª ed., Milano, 1972.
- BOBBIO: Voz «Analogía», en *Novissimo Digesto italiano*, t. I, 1.º
- BONECASSE: *Elementos de Derecho civil*, I, trad. mejicana, Méjico, 1945.
- BONET RAMÓN: «Los contratos a favor de tercero», en *AAMN*, 1961, t. XII.
- BONILLA MARÍN: *La propiedad dividida*, Granada, 1920.
- BONFANTE: *Instituzioni di Diritto romano*, reimp. de la 10.ª ed., Milano, 1987.
- *Corso di Diritto romano*, vol. III, Diritti reali, Milano, 1972.
- BORRELL Y SOLER: *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. II, Derechos reales, 2.ª ed., Barcelona, 1944.
- *Derecho civil vigente en Cataluña*, t. III, obligaciones, 2.ª ed., Barcelona, 1944.
- BORSARI: *Il contratto d'enfiteusi*, Ferrara, 1850.
- BOZZI: Voz «Rinunzia» (Dir. pubblico e privato), en *Novissimo Digesto italiano*, t. XV.
- BRETÓN: «Théorie générale de la renonciation aux droits réels. Le déguerpissement en Droit civil français», en *Rev. trim. de Droit civil*, 1928.
- BRUNETTI: *Trattato del Diritto delle Società*, t. I, *Parte generale, società personali*, Milano, 1948.
- BRUGI: *Della enfiteusi*, vol. 2.º, en *Il Diritto civile italiano* dirigido por Fiore y Brugi, Napoli-Torino, 1929.
- BRUNO: Voz «Ipoteca», en *Digesto italiano, Enciclopedia del Diritto*, vol. XIII, 2.º, Torino, 1927.
- BURDESE: Voz «Pegno» (Dir. rom.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXXII.
- *Manuale di Diritto privato italiano*, Torino, 1974.
- BUTERA: *Della simulazione nei negozi giuridici e degli atti «in fraudem legis»*, Torino, 1936.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

- CABANILLAS: «Comentario a los artículos 5 a 6.2 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t. I, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1992.
- «Comentario a los artículos 1.325 a 1.335 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991.
- CAFFARENA: «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones», en *Presente y futuro de las fundaciones*, curso dirigido y coordinado por De Lorenzo García y Cabra de Luna, Madrid, 1990.
- *El régimen jurídico de las fundaciones: estudios para su reforma*, Madrid, 1991.
  - «Comentario a los artículos 35 y 36 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991.
- CAIANI: Voz «Analogía», en *Enciclopedia del Diritto*, t. II.
- CAICOYA CORES: «Significado de la exigencia de forma del artículo 1.279 C.c.», en *AAMN*, 1984, t. XXVII.
- CALVO SORIANO: «Tradición y donación», en *AAMN*, 1959, t. III.
- «La eficacia solutoria y la eficacia traditoria del instrumento público», *Centenario de la Ley del Notariado*, sec. 2.º, *Estudios de Derecho notarial*, vol. I, Madrid, 1962.
- CÁMARA ÁLVAREZ: «El notario latino y su función», en *RDN*, 1972, t. LXXVI.
- CANO MARTÍNEZ: *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990.
- CAÑIZARES LASO: «Eficacia de las prohibiciones de disponer voluntarias», en *ADC*, 1991, t. XLIV, fasc. IV.
- CAPILLA RONCERO: *La sociedad civil*, Bolonia, 1984.
- «Comentario a los artículos 1.665 a 1.708 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. XXI, 1.º, Madrid, 1986.
  - «Comentario a la sentencia de 28 de marzo de 1988», en *CCJC*, 1988, n.º 16.
- CAPO BONNAFOUS: «Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos», en *RCDI*, 1931, t. LXXIII.
- CAPÓN REY: «Nota a la sentencia de 4 de diciembre de 1975. Donación de inmuebles disimulada bajo la forma de compraventa», en *ADC*, 1977.
- CARBONNIER: *Droit civil*, 3, *Les biens*, 11.ª ed., París, 1983.
- *Droit civil*, 4, *Les obligations*, 11.ª ed., París, 1982.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ: *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986.
- CARIOTA-FERRARA: *Il negozio giuridico nel Diritto privato italiano*, Napoli, 1948.
- *L'enfiteusi*, en *Trattato di Diritto civile italiano* dirigido por Vasalli, t. IV, 4.º, Torino, 1950.
- CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, trad. por Osset, Madrid, 1955.
- «Donazione di immobile o donazione di denaro?», en *Il Foro italiano*, 1956, t. LXXVII.
- CARNEVALI: Voz «Liberalità» (atti di), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIV.
- CARRESI: *Il contratto*, en *Trattato di Diritto civile e commerciale* dirigido por Cicu-Messineo, t. XXI, 1.º, Milano, 1987.
- CASCIO: Voz «Enfiteusi» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIV.
- CASALS: Voz «Contrato a favor de tercero», en *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, t. V, Barcelona, 1976.
- CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, t. II, *Derecho de cosas*, vol. 1.º, *Los derechos reales en general. El dominio. La posesión*, 13.ª ed. rev. y puesta al día por García Cantero, Madrid, 1987.

- *Derecho civil español común y foral*, t. II, *Derecho de cosas*, vol. 2.º, *Los derechos reales restringidos*, reimp. de la 13.ª ed. rev. y puesta al día por Marín Pérez, Madrid, 1986.
  - *Derecho civil español común y foral*, t. III, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *La obligación y el contrato en general*, 14.ª ed. rev. por García Cantero, Madrid, 1986.
  - *Derecho civil español común y foral*, t. IV, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Las particulares relaciones obligatorias*, 13.ª ed., rev. por Ferrandis Vilella, Madrid, 1986.
  - *Derecho civil español común y foral*, t. V, *Derecho de familia*, vol. 1.º, 11.ª ed. rev. y puesta al día por García Cantero y Castán Vázquez, Madrid, 1987.
  - *Derecho civil español común y foral*, t. VI, *Derecho de sucesiones*, vol. 1.º, 9.ª ed. rev. y puesta al día por Castán Vázquez y Batista Montero-Ríos, Madrid, 1989.
  - «Del contrato de sociedad», en *Código civil comentado* de Mucius Scaevola, t. XXV, 1.ª ed., Madrid, 1933.
- CASULLI: Voz «Donazione» (Dir. civ.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIII.
- CHERCHI: «La natura giuridica dell'enfiteusi», en *Riv. Dir. civile*, 1933.
- CHICO ORTIZ y RAMÍREZ-RAMÍREZ: *Temas de Derecho registral y calificación notarial del instrumento público*, Madrid, 1972.
- CHIRONI: *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, vol. 1.º, 2.ª ed., Milano, Torino, Roma, 1917.
- CIAN y TRABUCCHI: *Commentario breve al Codice civile, Complemento giurisprudenziale*, Padova, 1989.
- CICARELLO: Voz «Pegno» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXII.
- CICU: «Donazione remuneratoria», en *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1955.
- CLAVERÍA: «La sanatoria excepcional de disposiciones testamentarias nulas en Derecho español», en *RDP*, 1977, t. LXI.
- «Comentario a la sentencia de 12 de marzo de 1985», en *CCJC*, 1985, n.º 8.
  - «Comentario a la sentencia de 15 de octubre de 1985», en *CCJC*, 1985, n.º 9.
- CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, t. II, *Derecho de obligaciones, contratos, Derecho de familia*, ed. rev. por Cossío y Corral y Gullón Ballesteros, Madrid, 1959.
- COLÍN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, t. II, 2.ª, trad. anotada por De Buen, 4.ª ed. Madrid, 1961.
- *Curso elemental de Derecho civil*, t. III, trad. anotada por De Buen, 4.ª ed., Madrid, 1960.
  - *Curso elemental de Derecho civil*, t. IV, trad. anotada por De Buen, reimp. de la 3.ª ed., Madrid, 1981.
  - *Curso elemental de Derecho civil*, t. V, trad. anotada por De Buen, 3.ª ed., Madrid, 1955.
  - *Curso elemental de Derecho civil*, t. VII, trad. anotada por De Buen, 3.ª ed., Madrid, 1955.
- COLLURA: «In tema di contratto a favore di terzi e promessa di donazione», en *Giustizia civile*, 1982, t. I.
- CORDÓN MORENO: «Comentario a los artículos 1.217 a 1.230 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. XVI, 2.º, Madrid, 1981.
- COSSÍO y CORRAL: *Instituciones de Derecho hipotecario*, rev. y puesta al día por Cossío y Martínez, 1.ª ed., Madrid, 1986.
- *Instituciones de Derecho civil I*, Madrid, 1977
  - *Instituciones de Derecho civil II, Derechos reales y Derecho hipotecario, Derecho de familia y sucesiones*, rev. y puesto al día por Cossío y Martínez y León Alonso, Madrid, 1988.
  - *La sociedad de gananciales*, Madrid, 1963.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

- COSSÍO, COSSÍO y LEÓN-CASTRO: *Instituciones de Derecho civil, I, Parte general, obligaciones y contratos*, 2.ª ed., Madrid, 1991.
- COVIÁN: Voz «Prenda», en *Enciclopedia jurídica española* Seix, t. XXV.
- CUTURI: *Della vendita, della cessione e della permuta*, en *Il Diritto civile italiano* dirigido por Fiore y Brugi, parte duodécima, Napoli, Torino, 1923.
- D'ANGELO: *La donazione remuneratoria*, Milano, 1942.
- DAMRAU: «Comentario a los párrafos 1.204 a 1.296 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, Band. 4, München, 1981.
- D'AVANZO: Voz «Ritenzione», en *Novissimo Digesto italiano*, t. XVI.
- DE BUEN: Voz «Sociedad», en *Enciclopedia jurídica española* Seix, t. XXVIII, Barcelona, 1910.
- «La estipulación en provecho de tercero», en *RGLJ*, 1923, t. I.
- DE CASTRO: *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.
- *Derecho civil de España*, Madrid, 1984.
  - *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972.
  - «La promesa de contrato», en *ADC*, 1950.
  - «La simulación y el requisito de la forma en la donación de cosa inmueble», en *ADC*, 1953.
- DE GREGORIO: «La società irregolari ed i creditori sociale», en *Il Foro italiano*, 1934, t. LIX.
- DE LISE: «Delle prove», *Commentario teorico-pratico al Codice civile*, dirigido por De Martino, libro VI, *Della tutela dei diritti*, Roma, 1971.
- DE LOS MOZOS: «La forma del negocio jurídico», en *ADC*, 1968.
- «La obligación real, aproximación a su concepto», en *Libro homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976.
  - *El Derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974.
  - En *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. XVIII, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1982.
- DE MARTINO, QUARANTA y PREDEM: *Commentario teorico-pratico al Codice civile, Superficie, enfiteusi, usufrutto, uso e abitazione*, Roma, 1972.
- DE NOVA: *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.
- DEL POZO CARRASCOSA: *El Derecho de retener en prenda del depositario*, Barcelona, 1989.
- DEMOLOMBE: *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, t. III, 4.ª ed., París, 1873.
- *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, 3.ª ed., París, s.f.
  - *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. VII, París, 1882.
  - *Traité de la Distinction des Biens*, t. IX, *De la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, 4.ª ed., París, 1870.
- DERRIDA: Voz «Rétention», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VII.
- DI GIOVANNI: *Il tipo e la forma (Aspetti dell'interferenza tra qualificazione e requisiti del contratto)*, Padova, 1992.
- DI LALLA: «Contratto preliminare di Donazione», en *Il Foro italiano*, 1981, II.
- DI PAOLO: «La forma del contratto», en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1991, n.º 3.
- DÍAZ ALABART: «La nulidad de las donaciones de inmuebles disimuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado», en *RDP*, 1980.
- DÍAZ AMBRONA: «La promesa de donación en el Código civil y la jurisprudencia», en *RGLJ*, 1985, t. XC.

- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 2.ª ed., Madrid, 1986.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción, Teoría del contrato*, 4.ª ed., Madrid, 1993.
  - *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 4.ª ed., Madrid, 1993.
  - *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, 4.ª ed., Madrid, 1995.
  - *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963.
  - «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», en *ADC*, 1966.
  - «Las declaraciones unilaterales de voluntad como fuente de obligaciones y la jurisprudencia del T.S. (En torno a la S. 3-2-73)», en *ADC*, 1974, t. XXVII.
  - «Autonomía privada y derechos reales», en *Libro-homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Madrid, 1976.
  - *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979.
  - «Comentario al artículo 1.258 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991.
  - *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, 3.ª ed., Barcelona, 1993.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, I, 7.ª ed., Madrid, 1990.
- *Sistema de Derecho civil*, II, 6.ª ed., Madrid, 1992.
  - *Sistema de Derecho civil*, III, 5.ª ed., Madrid, 1992.
  - *Sistema de Derecho civil*, IV, 6.ª ed., Madrid, 1992.
- DILCHER: «Comentario al párrafo 167 B.G.B.» y «Comentario al párrafo 125 B.G.B.», ambos en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, t. I, 12.ª ed., Berlín, 1980.
- DISTASO: *I contratti in generale*, t. II, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, Torino, 1966.
- *La simulazione dei negozi giuridici*, Torino, 1960.
- DOMÍNGUEZ DE MOLINA: «Sobre la subsistencia de la insinuación romana en Cataluña», en *RJC*, 1954, t. LXI.
- DURÁN RIVACOBIA: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 1995.
- DURANTÓN: *Corso di Diritto civile secondo il Codice francese*, t. I y III, versión italiana, Napoli, 1841.
- *Corso di Diritto civile...*, t. V, Napoli, 1842.
  - *Corso di Diritto civile...*, t. VII, Napoli, 1843.
  - *Corso di Diritto civile...*, t. IX, Napoli, 1844.
- EICHLER: *Institutionen des Sachenrechts*, t. II, *Besonderer Teil, die dinglichen Rechte*, Berlín, 1960.
- ENNECCERUS, KIPP y WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, t. I, vol. 2.º, 1.ª parte, por Nipperdey, trad. anotada por Pérez y Alguer, 3.ª ed., al cuidado de Hernández Moreno y Gete-Alonso, Barcelona, 1981.
- *Tratado de Derecho civil*, t. II, vol. 1.º, 11.ª ed. rev. por Lehmann, trad. anotada por Pérez y Alguer, 2.ª ed., al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1954.
  - *Tratado...*, t. II, vol. 2.º, 1.ª parte, y 2.ª parte, 15.ª ed. rev. por Lehmann, trad. anotada por Pérez y Alguer, 3.ª ed. adaptada por Ferrandis Vilella, Barcelona, 1966.
  - *Tratado...*, t. III, vol. 2.º, 10.ª ed., por Wolff y Raiser, trad. anotada por Pérez y Alguer, 3.ª ed. al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1971.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

- *Tratado...*, t. V, vol. 2.º, por Kipp, trad. anotada por Pérez y Alguer, 2.ª ed. al cuidado de Puig Ferriol y Badosa Coll, Barcelona, 1976.
- ESPÍN: «La transmisión de los derechos reales en el Código civil español», en *RDP*, 1945.
- FALCÓN: *Derecho civil español común y foral*, t. II y IV, 6.ª ed., Barcelona, 1901 y 1902.
- FARIAS BATLLE: *La sociedad irregular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1993.
- FAVARA: Voz «Enfiteusi», en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI.
- FERNÁNDEZ DE LA GANDARA: «La sociedad anónima irregular», en *Derecho de sociedades anónimas*, t. I, Madrid, 1991.
- FERNÁNDEZ ELÍAS: *Novísimo tratado histórico-filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ M. A.: *Derecho procesal civil*, vol. III; *La ejecución forzosa, las medidas cautelares*, 3.ª ed., Madrid, 1992.
- FERRARA: *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. de Atard y De la Fuente, Madrid, 1961.
- FERRI: *La società*, en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por Vasalli, t. X, 3.º, Torino, 1971.
- FLORENSA I TOMÁS: «Comentario a la sentencia de 27 de julio de 1994», en *CCJC*, 1995, n.º 37.
- FLUME: *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts*, t. II, *Das Rechtsgeschäft*, 2.ª ed., Springer-Verlag, New York, Heidelberg, Berlín, 1975.
- FORCHIELLI: *I contratti reali*, Milano, 1952.
- «Opponibilità al proprietario del pegno non scritto di cosa rubata», en *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1950.
- Voz «Enfiteusi ecclesiastica», en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI.
- FÖRSCHLER: «Comentario al parágrafo 125 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, t. I, München, 1978.
- FOSAR BENILLOCH: «Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del Derecho de superficie», en *ADC*, 1958.
- FRAGALI: Voz «Ipoteca» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXII.
- FUENTESECA: *Derecho privado romano*, Madrid, 1978.
- GALGANO: *El negocio jurídico*, trad. por Blasco Gascó y Prats Albentosa, Valencia, 1992.
- *Diritto privato*, 5.ª ed., Padova, 1988.
- Voz «Società» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XLII.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «Formalismo jurídico y documento notarial», en *RDN*, 1962, t. XXXVI.
- GARCÍA DE HARO GOYTISOLO: «Los censos en el Derecho español y el Código civil italiano», en *Revista del Instituto de Derecho comparado*, 1955, n.º 5.
- GARCÍA CANTERO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por Albaladejo, t. XIX, 2.ª ed., Madrid, 1980.
- GARCÍA GARCÍA: *Derecho inmobiliario registral o hipotecario*, t. I, Madrid, 1988.
- «Comentario a los artículos 1.874 a 1.880 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991.
- GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimp., Barcelona, 1973.
- GARCÍA VALDECASAS: *Parte general del Derecho civil español*, Madrid, 1983.
- GARDANI CONTURSI-LISI: *Donazioni*, en *Comentario del Codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, libro secondo; *Successioni*, Bologna-Roma, 1976.
- GARRIDO PALMA: «Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil», en *RDP*, 19/2.
- GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 7.ª ed. rev. con colaboración de A. Bercovitz, Madrid, 1976.

- GAVIDIA: *La cesión de créditos, sistema español de cesión de créditos (formación, sistema traslativo y protección del deudor)*, Valencia, 1993.
- «La formación del sistema francés codificado de cesión de créditos: la cesión y la transmisión “inter vivos” de otros bienes», en *ADC*, 1990, t. XLIII, fasc. IV.
  - «El sistema codificado francés de cesión de créditos», en *ADC*, 1991, t. XLIV, fasc. II.
  - «Sistema germánico de cesión de créditos», en *ADC*, 1992, t. XLV, fasc. I.
  - «El sistema italiano de cesión de créditos», en *Estudios de Derecho civil en homenaje a Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993.
  - «Comentario a la Sentencia de 26 de abril de 1988», en *CCJC*, n.º 17.
- GAYA SICILIA: «La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido: ¿carga del cedente o del cesionario?», en *Estudios de Derecho civil en homenaje a Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992.
- GAZZANIGA: *Introduction historique au droit des obligations*, París, 1992.
- GENOVESE: «La forma integrativa e la società commerciale irregolare», en *Riv. trim. Dir. proc. civ.*, 1948.
- GERMANI: Voz «Enfiteusi», en *Nuovo Digesto italiano*, t. V.
- GETE-ALONSO: *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979.
- *El reconocimiento de deuda, aproximación a su configuración negocial*, Madrid, 1989.
- GHESTIN: *Traité de Droit civil*, t. II; *Les obligations, le contrat: formation*, 2.ª ed., París, 1988.
- GIFFARD y VILLERS: *Droit romain et ancien Droit français (obligations)*, 4.ª ed., París, 1976.
- GIMÉNEZ ARNAU: «El instrumento público en los negocios jurídicos formales y en los negocios jurídicos consensuales», en *RCDI*, 1949.
- GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. I, trad. española, Madrid, 1969.
- *Teoría de las obligaciones...*, vol. III, trad. española, Madrid, 1978.
  - *Teoría de las obligaciones...*, vol. IV, trad. española, Madrid, 1977.
  - *Teoría de las obligaciones...*, vol. VI, trad. española, Madrid, 1980.
- GIORGIANNI: Voz «Forma degli atti» (Dir. privato), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVII.
- GIRÓN TENA: «Las sociedades irregulares», en *ADC*, 1951.
- *Derecho de sociedades*, t. I, *Parte general, sociedades colectivas y comanditarias*, Madrid, 1976.
- GITRAMA GONZÁLEZ: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XIV, 1.º, Madrid, 1989.
- GIUSTI y PALADINI: *Il contratto preliminare*, Varese, 1992.
- GIVERDON: Voz «Bail emphytéotique», en *Encyclopédie Dalloz*, t. II.
- GOBEAUX y BIHR: Voz «Preuve», en *Encyclopédie Dalloz*, t. VI.
- GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. I, 11.ª ed., correg. por Montalbán, Madrid, 1.874.
- GONZÁLEZ PALOMINO: *Negocio jurídico y documento* (conf. leída en el Ilustre Colegio notarial de Valencia el 3 de junio de 1950), Valencia, 1951.
- GORDILLO CAÑAS: «Comentario al artículo 1.730 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia) t. II, Madrid, 1991.
- GORLA: «Del pegno», en *Commentario del Codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, libro 6.º, 4.ª ed., Bologna-Roma, 1992.
- GRASSO: «La forma tra regola ed eccezione. A proposito di un libro recente», en *Studi in onore di Giorgianni*, Napoli, Roma, 1988.
- GROSLIERE: Voz «Gage», en *Encyclopédie Dalloz*, t. V, 2.ª ed., París, 1992.
- GROSSO: Voz «Contratto» (Dir. rom.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. IX.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

- GUERRIERO: *L'acte juridique solennel*, París, 1975.
- GUGLIERI SERRA: «La forma en los negocios jurídicos. Su valor», en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, 1989, separata del vol. VI.
- GUILARTE ZAPATERO: en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, Jaén, 1980.
- «Comentario a los artículos 1.822 a 1.862 C.c.», en *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1991.
  - *El derecho de superficie*, Pamplona, 1966.
- GUILLOUARD: *Traité de la vente et de l'échange*, t. II, París, 1890.
- *Traité du nantissement et du droit de retention*, París, 1895.
  - *Traité du contrat de mariage*, t. I, París, 1885.
- GULLÓN: *Curso de Derecho civil, El negocio jurídico*, Madrid, 1969.
- *Curso de Derecho civil, contratos en especial, responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968.
  - «La confirmación», en *ADC*, 1960, t. XIII.
  - *La superficie urbana (el derecho de superficie en la Ley del suelo y legislación hipotecaria)*, Sevilla, 1960.
  - *La prelación de créditos en el Código civil*, Barcelona, 1962.
  - «Comentario al artículo 4 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991.
  - «Onerosidad y gratuidad en la fianza convencional», *La ley*, 1989, n.º 3.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES: «Comentario al artículo 1.216 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XVI, 2.º, Madrid, 1981.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, t. II, t. IV y t. V, reimp. ed. 1869, Valladolid, 1988.
- HÄSEMEYER: *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, objektive Ordnung und privatautonomie selbstbestimmung im formgebundenen Rechtsgeschäft*, Frankfurt am Main, 1971.
- HEDEMANN, *Tratado de Derecho civil*, vol. III, *Derecho de obligaciones*, trad. y anotado por Santos Briz, Madrid, 1958.
- *Derechos reales*, vol. II, trad. y notas de Díez Pastor y González Enríquez, Madrid, 1955.
- HEINRICHS: «Comentario al párrafo 125 B.G.B.», en *Palandt Kommentar zum B.G.B.*, t. VII, 49 ed., München, 1990.
- HELDRIICH: «Die Form des Vertrages», en *AcP*, 1941, t. 147.
- HÉMARD: «Les sociétés de fait», en *Travaux de l'association Henri Capitant*, t. XI, París, 1960.
- HENRICH: *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag. Eine dogmatische systematische Untersuchung des vertraglichen Bindungen vor und zu einem Vertragsschluss*, Berlin-Tübingen, 1965.
- HERMIDA LINARES: «Interpretación de los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 C.c.», en *RCDJ*, 1953.
- HERNÁNDEZ GIL: «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones propter rem», en *RDP*, 1962.
- HUDAULT: *Droit rural, Droit de l'exploitation agricole*, París, 1987.
- HUECK: *Gesellschaftsrecht, ein Studienbuch*, 19 ed., München, 1991.
- IANNELLI: *La nuova enfiteusi*, Napoli, 1975.
- IGLESIAS: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1983.
- IRTI: *Idola libertatis, tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.
- «Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli», en *Studi in onore di Giorgianni*, Napoli, Roma, 1988.

- ISÁBAL: «La insinuación de las donaciones en Aragón», en *RDP*, 1923.
- Voz «Donación inter vivos», en *Enciclopedia jurídica española* Seix, t. XII, Barcelona, 1910.
- JAÉN: *Derecho civil*, Madrid, 1928.
- JORDANO BAREA: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958.
- «Contratos mixtos y unión de contratos. Comentario a la Sentencia de 27 de febrero de 1951», en *ADC*, 1951.
- JORDANO FRAGA: *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Zaragoza, 1988.
- «Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 1987», en *CCJC*, 1987.
  - «Prenda irregular, prenda regular y prenda de crédito. Sobre la pignoralidad de una imposición a plazo fijo (comentario a la S. 18-7-89)», en *ADC*, 1990, fasc. I.
- JOSSERAND: *Cours de Droit civil français*, t. I y t. III, 2.ª ed., París, 1932 y 1933.
- *Derecho civil*, t. II, 2.º; trad. argentina, Buenos Aires, 1951.
- KANZLEITER: «Comentario al parágrafo 1.410 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, Band 5, 1. Halband, 2.ª ed., München, 1989.
- KASER: *Derecho romano privado*, trad. por Santa-Cruz Tejeiro, 2.ª ed., Madrid, 1982.
- KESSLER: «Comentario a los parágrafos 705 a 740 B.G.B.», en *Staudingers kommentar zum B.G.B.*, t. II, Berlín, 1980.
- KLAUSS y MITTELBACH: *Der Gesellschaftsvertrag in seiner zweckmäßigsten Form: Gesellschaftsrecht-steuerrecht*, 10.ª ed., Ludwigshafen (Rhein), 1980.
- KOLHOSSER: «Comentario al parágrafo 518», en *Münchener kommentar zum B.G.B.*, Band 3, 1. Halband, München, 1980.
- LACRUZ: *Derecho de familia*, I, Barcelona, 1978.
- *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. 1.º, 1.ª parte, *Posesión y propiedad*, 2.ª ed., Barcelona, 1988.
- LACRUZ y SANCHO: *Elementos de Derecho civil*, III bis, *Derecho inmobiliario registral*, 2.ª ed., Barcelona, 1984.
- *Elementos de Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1988.
- LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO y DELGADO ECHEVERRÍA: *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general del Derecho civil*, vol. 1.º, *Introducción*, ed. rev. y adicionada por Delgado Echeverría, Barcelona, 1988.
- LACRUZ, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general del Derecho civil*, vol. 3.º, *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1990.
- LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1.º, *Delito y cuasidelito*, 2.ª ed., Barcelona, 1985.
- LACRUZ, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2.º, *Teoría general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1987.
- LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ: *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, *Contratos y cuasicontratos*, 2.ª ed., Barcelona, 1986.
- LACRUZ, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ, RAMS ALBESA y MENDOZA OLIVAN: *Elementos de Derecho civil*, III, *Derechos reales*, vol. 2.º, *Derechos reales limitados, situaciones de cotitularidad*, 2.ª ed., Barcelona, 1991.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

- LACRUZ, SANCHEZ REBULLIDA, LUNA SERRANO, RIVERO HERNÁNDEZ y RAMS ALBESA: *Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, vol. 1.º, 3.ª ed., reimp. actualizada, Barcelona, 1990.
- LAGARDE: Voz «Société civile», en *Encyclopédie Dalloz*, t. VIII.
- LALAGUNA: «Los artículos 623 y 629 del C.c. y la naturaleza de la donación», en *RDP*, 1964, t. XLVIII.
- *La enfiteusis en el Derecho civil de Baleares*, Pamplona, 1968.
  - «Los créditos hipotecarios», en *Estudios jurídicos en homenaje al prof. De Castro*, t. II, Madrid, 1976.
  - «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones», *Estudios de Derecho civil, obligaciones y contratos*, Madrid, 1978.
- LANGLE: «La compañía mercantil irregular», *Revista de Derecho mercantil*, 1950, n.º 25.
- LARENZ: *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, *Allgemeiner Teil*, 14.ª ed., München, 1987.
- *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerliches Rechts*, 7.ª ed., München, 1989.
  - *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de Rodríguez Molinero, 2.ª ed., Barcelona, 1980.
- LARROUMET: *Droit civil*, t. III, *Les obligations*, 1.ª partie, París, 1986.
- LASSO GAITE: *Crónica de la Codificación española*, 4, *Codificación civil*, vols. I y II, Madrid, 1970 y 1979.
- LAPENNA: Voz «Forma degli atti» (Dir. interm.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XVII.
- LAURENT: *Principes de Droit civil*, t. VIII, t. XII, t. XIX, t. XXI, t. XXVI, t. XXX, 3.ª ed., Bruxelles, 1.878.
- *Code civil commento, Avant-projet de revision du Code civil*, vol. 5, arts. 1.430-1.998, Bruxelles, 1885.
- LAVALLE COBO: *Código civil y leyes complementarias comentado*, t. V, Buenos Aires, 1984.
- LEÓN ALONSO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XXI, 2.º, Madrid, 1986.
- LESSONA: *Teoría general de la prueba en Derecho civil*, t. III, *Prueba escrita*, trad. por Aguilera de Paz, 4.ª ed., Madrid, 1961.
- LOMONACO: *Delle obbligazioni e dei contratti in genere*, vol. 1.º y vol. 3.º, en *Il Diritto civile italiano*, dirigido por Fiore y Brugi, Napoli-Torino, 1924 y 1925, respectivamente.
- *Istituzioni di Diritto civile italiano*, vol. IV y vol. VI, 2.ª ed., Napoli, 1895.
- LÓPEZ y LÓPEZ: «Comentario a los artículos 1.278 a 1.280 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1990.
- *Retención y mandato*, Bolonia, 1976.
- LÓPEZ PALOP: «La donación remuneratoria y el artículo 622 de nuestro C.c.», en *AAMN*, 1959, t. III.
- LÓPEZ DE ZAVALIA: *Teoría de los contratos, parte general*, Buenos Aires, 1971.
- LORENZ: «Das Problem der Aufrechterhaltung formnichtiger Schuldverträge», en *AcP*, 1957, t. 156.
- MACIOCE: Voz «Rinunzia» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XL.
- «Appunti sulla forma degli atti unilaterali. Sul principio di libertà delle forma», en *Studi in onore di Giorgianni*, Napoli, Roma, 1988.
- MADRIDEJOS SARASOLA: «La cesión de créditos», en *RDN*, 1961, t. XXXII.
- MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. V, 7.ª ed., corregida, aumentada y puesta al día por Marín Pérez, Madrid, 1972.
- *Comentarios...*, t. VII, 7.ª ed. rev. por Bonet Ramón, Madrid, 1987.

- *Comentarios...*, t. VIII, vol. 2.º, 6.ª ed. rev. por Moreno Mocholí, Madrid, 1967.
- *Comentarios...*, t. IX, 6.ª ed. rev. por Moreno Mocholí, Madrid, 1969.
- *Comentarios...*, t. X, 1.º, 6.ª ed. rev. por Bloch, Madrid, 1969.
- *Comentarios...*, t. XI, 6.ª ed. rev. por Bloch, Madrid, 1972.
- *Comentarios...*, t. XII, 6.ª ed. rev. por Gómez Ysabel, Madrid, 1973.
- MANZANARES SECADES: «Algunas notas sobre la prenda de dinero a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985», en *ADC*, 1986, t. XXIX.
- «Prenda de dinero y prenda de créditos (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1987)», en *ADC*, 1988, t. XLI.
- MARCADE: *Explication du Code civil*, t. V, 7.ª ed., París, 1873.
- MARTÍN BERNAL: *La estipulación a favor de tercero*, Madrid, 1985.
- MARTÍNEZ ALMEIDA: «Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad», en *AAMN*, 1950, t. V.
- MARTY y RAYNAUD: *Droit civil*, t. I (*Introduction générale a l'étude du Droit*), 2.ª ed., París, 1972.
- *Droit civil, Les obligations*, t. I, (Les sources), 2.ª ed., París, 1988.
- *Droit civil, Les suretés, la publicité foncière*, 2.ª ed., París, Sirey, 1987.
- *Droit civil, Les successions et les libéralités*, por Raynaud, París, Sirey, 1983.
- *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, por Raynaud, 2.ª ed., París, 1986.
- MAZEAUD: *Leçons de Droit civil*, t. II, vol. 1.º, *Obligations, Théorie générale*, 6.ª ed., por Chabas, París, 1978.
- *Leçons...*, t. II, vol. 2.º, *Biens, droit de propriété et ses démembrements*, 4.ª ed., por Juglart, París, 1969.
- *Leçons...*, t. III, vol. 1.º, *Suretés, publicité foncière*, 6.ª ed., por Ranouil y Chabas, París, 1988.
- *Leçons...*, t. IV, vol. 1.º, *Régimes matrimoniaux*, 5.ª ed., por De Juglart, París, 1982.
- *Leçons...*, t. IV, vol. 2.º, *Successions, libéralités*, 4.ª ed., por Breton, París, 1982.
- MEAU-LAUTOUR: *La donation déguisée en Droit civil français, contribution a la théorie générale de la donation*, París, 1985.
- MEDICUS: *Schuldrecht, I, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., München, 1988.
- MELUCCI: *Il sistema ipotecario nel Diritto civile italiano*, Torino, 1.893.
- MESSINEO: Voz «Contratto» (Dir. priv.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. IX.
- Voz «Contratto preliminare», en *Enciclopedia del Diritto*, t. X.
- *Manuale di Diritto civile e commerciale*, vol. 3.º, 9.ª ed., Milano, 1959.
- *Derecho civil y comercial*, t. IV, *Derecho de las obligaciones, parte general*, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1979.
- «La scrittura nella costituzione del pegno», en *Rivista del Diritto commerciale*, 1931, t. II.
- MEZQUITA DEL CACHO: «Comentario a los artículos 1.225 a 1.230 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991.
- MICCIO: *I diritti di credito*, vol. 1.º, Torino, 1971.
- MIQUEL J.: *Curso de Derecho romano*, Barcelona, 1987.
- MIQUEL J. M.: «Comentario al artículo 7 C.c.» y «Comentario al artículo 609 C.c.», ambos en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991.
- «Comentario a los artículos 392 a 395 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigido por Albaladejo, t. V, 2.º, Madrid, 1985.
- MIRABELLI: *Il Diritto civile italiano secondo la dottrina e la giurisprudenza*, parte duodécima, *Dei contratti speciali*, Napoli-Torino, 1924.
- MONTEL: Voz «Pegno» (Dir. vigente), en *Novissimo Digesto italiano*, t. XII.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

- MONTREDON: *La désolennisation des libéralités*, París, 1989.
- MORALES MORENO: Voz «Forma», (D.º Civil), en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Madrid, 1995.
- MORATO: *Derecho civil español*, t. II, 2.ª ed., Valladolid, 1.877.
- MOSCO: *Onerosità e gratuità degli atti giuridici, con particolare riguardo ai contratti*, Milano, 1942.
- MOSCHELA: Voz «Ipoteche», *Nuovo Digesto italiano*, t. VII.
- MOUTON y OCAMPO: Voz «Capitulaciones matrimoniales», en *Enciclopedia jurídica española* Seix, t. IV y V.
- MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil comentado*, t. XI, 2.º, rev. y puesto al día por Ortega Lorca, 5.ª ed., Madrid, 1943.
- *Código...*, t. XX, 2.ª ed. rev. por Marín Pérez, Madrid, 1958.
  - *Código...*, t. XXI, y t. XXII, 2.ª ed. rev. por Reyes Monterreal, Madrid, 1967.
  - *Código...*, t. XXIII, vol. 2.º, 2.ª ed., rev. por Bonet Ramón, Madrid, 1970.
  - *Código...*, t. XXVI, 2.ª ed., rev. por Bonet Ramón, Madrid, 1976.
- NAPOLETANO, BARBIERI y NOVITA: *I contratti reali (mutuo, deposito, comodato, pegno, contratto estimatorio)*, en «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale», 2.ª ed., Torino, 1979.
- NART FERNÁNDEZ: «Notas sobre los contratos a favor de tercero», en *AAMN*, 1950, t. V.
- NAVARRO AMENDÍ: *Cuestionario del Código civil reformado*, t. IV, Madrid, 1.891.
- NAVARRO PÉREZ: *La cesión de créditos en el Derecho civil español*, Granada, 1988.
- NÚÑEZ IGLESIAS: «La donación de inmueble encubierta como compraventa», en *RCDI*, 1991, n.º 606.
- NÚÑEZ LAGOS: «Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial», en *AAMN*, 1945, t. I.
- «Contenido sustantivo de la escritura pública», en *RDN*, 1964, t. XLIII.
- O'CALLAGHAM: «Comentario a los artículos 1.604 a 1.664 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XX, 3.º, Madrid, 1982.
- «Comentario a los artículos 1.604 a 1.664 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991.
  - «Comentario a los artículos 988 a 1.009 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. I, Madrid, 1991.
- OERTMANN: «Heilung der Formgültigkeit nach p. 313,2 B.G.B.», *Z.B.I.F.G.*, 16.
- ORTEGA PARDO: «Sociedad civil irregular. Comentario a las sentencias de 12 y 28 de junio de 1950», en *ADC*, 1951.
- «Donaciones indirectas», en *ADC*, 1949.
- OSSORIO MORALES: «Comentario a la Sentencia de 9 de diciembre de 1940», en *RGLJ*, 1941.
- OURLIAC y MALAFOSSE: *Histoire du Droit privé*, t. 1, *Les obligations*, 2.ª ed., París, 1969.
- PACIFICI-MAZZONI: *Instituzioni di Diritto italiano*, vol. III, parte 1.ª, 5.ª ed., Firenze, 1925.
- *Instituzioni...*, vol. IV, *Parte speciale, delle obbligazioni in generale*, 5.ª ed., Firenze, 1926.
  - *Instituzioni...*, vol. V, partes 1.ª y 2.ª, 5.ª ed., Torino, 1927.
- PALERMO: *L'enfiteusi*, en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por Rescigno, t. VIII, 2.º, Torino, 1982.
- PALMIERI: Voz «Ipoteca» (Dir. romano), en *Novissimo Digesto italiano*, t. IX.
- PANTALEÓN: «Cesión de créditos», en *ADC*, 1988, t. XLI, fasc. IV.
- «Comentario a los artículos 1.526 a 1.536 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991.

- «Asociación y sociedad (a propósito de una errata del Código civil)», en *ADC*, 1993, t. XLVI, fasc. I.
- PANUCCIO: Voz «Cessione dei crediti», en *Enciclopedia del Diritto*, t. VI.
- PAU PEDRON: «Panorama del sistema inmobiliario alemán», en *RCDI*, 1982.
- PAZ ARES: «Comentario a los artículos 1.665 a 1.708 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991.
- PECORELLA: Voz «Società» (Dir. interm.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XLII.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Anteproyecto del Código civil español*, Madrid, 1965.
- *Derechos reales, Derecho hipotecario*, 2.ª ed., Madrid, 1986.
- PERLINGIERI: *Cessione dei crediti*, en *Commentario del Codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, libro cuarto: *obbligazioni*, Bologna-Roma, 1982.
- *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.
- «Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia», en *Studi in onore di Giorgianni*, Napoli-Roma, 1988.
- PETIT SEGURA: «Comentario a la Sentencia de 13 de diciembre de 1993», en *CCJC*, 1994, n.º 34.
- PLANIOU y RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, t. III, *Les biens*, por Picard, París, 1952.
- *Traité...*, t. V, *Donations et Testaments*, por Trasbot y Loussouarn, 2.ª ed., París, 1957.
- *Traité...*, t. VII, *Obligations*, 2.ª parte, con la colaboración de Esmein, Radouant y Gabolde, 2.ª ed., París, 1954.
- *Traité...*, t. X, *Contrats civils*, 1.ª parte, por Hamel, Givord y Tunc, 2.ª ed., París, 1956.
- *Traité...*, t. X, *Contrats civils*, 2.ª parte, por Rouast, Savatier, Lepargneur y Besson, 2.ª ed., París, 1954.
- *Traité...*, t. XII, *Suretés réelles*, 1.ª parte, por Becqué, 2.ª ed., París, 1953.
- PONSARD: *Las donaciones indirectes en Droit civil français*, París, 1946.
- PONT: *Explication du Code civil*, t. VII, *Commentaire-Traité des sociétés civiles et commerciales*, 2.ª ed., París, 1884.
- *Explication...*, t. IX, *Commentaire-Traité des petits contrats*, vol. 2.º, 2.ª ed., París, 1878.
- *Explication...*, t. XI, 2.º, *Des privilèges et des hypothèques*, París, 1876.
- POTHIER: *Traité sur les donations entre vifs et contrat de mariage*, vol. I, 1.º, en *Ouvres de Pothier*, anotadas por Bugnet, París, 1810.
- *Traité sur les hypothèques*, t. I, 1.º, París, 1809.
- *Traité du contrat de société*, en *Ouvres de Pothier*, anotadas por Bugnet, t. IV, 1.º, 2.ª ed., París, 1861.
- *Traité du droit de domaine de propriété*, en *Ouvres de Pothier* anotadas por Bugnet, t. IX, 1.º, 2.ª ed., París, 1861.
- *Traité des obligations*, reimp., Barcelona, 1974.
- PROSPERI: «Forme complementarii e atto rezettizio», en *Rivista del Diritto commerciale*, 1976, t. LXXIV.
- PROTETTI: *Il pegno nella Giurisprudenza*, en «Raccolta sistematica di Giurisprudenza commentata», dirigida por Rotondi, Verona, 1970.
- PUGLIESE: *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di Diritto romano*, Padova, 1938.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, t. I, 1.º, 2.ª parte, *Parte general: sujeto y objeto del derecho*, por Puig Ferriol, Barcelona, 1979.
- *Fundamentos...*, t. II, 1.º, *Doctrina general del contrato*, 2.ª ed., Barcelona, 1978.
- *Fundamentos...*, t. II, 2.º, *Contratos en particular*, 2.ª ed., Barcelona, 1982.



## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

- *Fundamentos...*, t. III, 3.º, *Prenda, hipoteca, reserva de dominio...*, 3.ª ed., Barcelona, 1983.
- *Fundamentos...*, t. V, 1.º, *Herencia, heredero, legatario...*, 3.ª ed., Barcelona, 1990.
- PUIG FERRIOL y ROCA TRÍAS: *Instituciones de Derecho civil de Cataluña*, t. II, 1.ª parte, *Introducción y parte general*, Barcelona, 1987.
- PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, t. III, 1.º, *Teoría general de los derechos reales*, Madrid, 1972.
- Voz «Enfiteusis», en *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, t. VIII, Barcelona, 1956.
- *Compendio de Derecho civil español*, t. I, *Parte general*, 2.ª ed. rev., Pamplona, 1972.
- PUTZO: «Comentario a los párrafos 515 y ss. B.G.B.», en *Palandt kommentar zum B.G.B.*, München, 1990.
- RAUCENT: *Droit patrimonial de la famille, Les libéralités*, Louvain, 1979.
- RAVAZZONI: «Considerazioni in tema de forma “ad probationem”», en *Studi in onore di Giorgianni*, Napoli-Roma, 1988.
- REGLERO: «Comentario a los artículos 1.278 a 1.280 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t. XVII, 1.º-B, Madrid, 1993.
- REINICKE: «Die Bewirkung der schenkweise versprochenen Leistung», en *NJW*, 1970.
- «Formvorschrift, Treu und Glauben und Schadenersatz», en *MDR*, 1954, t. VIII.
- REUSS: «Comentario al párrafo 518 B.G.B.», en *Staudingers Kommentar zum BGB*, t. II, 12.ª ed., Berlín, 1978.
- RICCI: *Corso teorico-pratico di Diritto civile*, vol. IV, *Acquisto dell'eredità-donazioni*, Torino, 1880.
- *Corso...*, vol. VI, *Delle obbligazioni*, Torino, 1880.
- *Corso...*, vol. IX, *Dei contratti in specie*, Torino, 1883.
- *Diritto civile*, vol. VII, Torino, 1881.
- *Derecho civil teórico y práctico*, t. XIX, trad. española, Barcelona, 1985.
- RIEDEL y WIEGAND: «Comentario a los párrafos 1.273 a 1.296 B.G.B.», en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, t. III, 12.ª ed., Berlín, 1981.
- RIEG: Voz «Cession de créance», en *Encyclopédie Dalloz*, t. II.
- RIERA AISA: Voz «Contrato», en *Nueva Enciclopedia jurídica Seix*, t. V, Barcelona, 1976.
- ROBLEDO: «Enfiteusis y censo reservativo en el Código civil», en *RGD*, 1950.
- ROCA SASTRE: «La forma del negocio jurídico», en *Estudios de Derecho privado*, t. I, 1.º, Madrid, 1948.
- «La donación remuneratoria», en *Estudios varios*, Madrid, 1988.
- «Naturaleza jurídica de la aportación social», en *RGLJ*, 1946, t. XI.
- ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: «La voluntad unilateral como fuente de obligaciones» y «Estipulaciones en favor de tercero», ambos en *Estudios de Derecho privado*, t. I, 1.º, Madrid, 1948.
- ROCA SASTRE y ROCA MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, t. I, t. III, y t. IV, 2.º, 7.ª ed., Barcelona, 1979.
- ROCA TRÍAS: «Comentario al artículo 4 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t. I, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1992.
- RODIÈRE: *Droit commercial, Groupements commerciaux*, 10.ª ed., por Rodière y Oppetit, París, 1980.
- Voz «Mandat», en *Encyclopédie Dalloz*, t. V.
- RODRÍGUEZ ADRADOS: «Comentario a los artículos 1.216 a 1.224 C.c.», en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991.

- RODRÍGUEZ ARIAS: «Del Contrato de arrendamiento, de los censos», en *Código civil comentado de Mucius Scaevola*, t. XXIV, parte 2.ª, Madrid, 1951.
- ROGEL VIDE: «Renuncia y repudiación de la herencia», en *RGLJ*, 1980.
- ROMÁN GARCÍA: *El precontrato, Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1983.
- ROMERO y GINZO: *Sala novísimo o nueva ilustración del Derecho real de España*, t. II, 2.ª ed., Madrid, 1843.
- ROSENDE: «La prenda de créditos», en *RCDI*, 1927, t. II.
- ROTONDI: *Instituciones de Derecho privado*, trad. y concordada por Villavicencio, Barcelona, 1953.
- Voz «Intepretazione della legge», en *Novissimo Digesto italiano*, t. VIII.
- RUBINO: «L'ipoteca immobiliare e mobiliare», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu-Messineo, t. XIX, Milano, 1956.
- «Il pegno», en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por Vasalli, t. XIV, 1.º, Torino, 1956.
  - *El negocio jurídico indirecto*, trad. por Rodríguez-Arias, Madrid, 1953.
- RUGGIERO: *Instituciones de Derecho civil*, t. I, trad. de la 4.ª ed. italiana anotada y concordada por Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, Madrid, 1979.
- *Instituciones...*, t. II, trad. de la 4.ª ed. italiana anotada y concordada por Serrano Suñer y Santa-Cruz Tejeiro, Madrid, 1977.
- RUIZ SERRAMALERA: *Derecho civil, El negocio jurídico*, Madrid, 1980.
- SACCO: *Il contratto*, en *Trattato di Diritto civile italiano*, dirigido por Vasalli, t. VI, 2.º, Torino, 1975.
- «La forma in genere», en *Trattato di Diritto privato* dirigido por Rescigno, t. X, *Obbligazioni e contratti*, vol. 2.º, Torino, 1982.
- SALA: *Ilustración del Derecho real de España*, t. I, 3.ª ed., Madrid, 1832.
- SALANDRA: *La società irregolari nel Diritto vigente*, 2.ª ed., Roma, 1935.
- SALVADOR CODERCH: «Comentario al artículo 3.1 C.c.», en *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart, t. I, 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1992.
- «Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una justa causa», en *RDP*, 1978, t. XLVII.
  - «Comentario al artículo 1.600 C.c.», en *Comentario del Código civil*, t. II (Ministerio de Justicia), Madrid, 1991.
- SÁNCHEZ BLANCO: «Sobre la naturaleza y la forma de la donación», en *IJ*, septiembre, 1952, n.º 112.
- SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO: *El Derecho civil español en forma de Código*, Madrid, 1871.
- SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil y el código civil e Historia general de la legislación española*, t. IV, *Derecho de obligaciones, Derecho de la contratación*, 2.ª ed., Madrid, 1899.
- *Estudios de Derecho civil*..., t. V, vol. 1.º, *Derecho de familia*, 2.ª ed., Madrid, 1912.
- SANTOS BRIZ: *Derecho civil, teoría y práctica*, t. II, *Derecho de cosas*, Madrid, 1973.
- *Derecho civil...*, t. IV, *Derecho de obligaciones, los contratos en particular*, Madrid, 1975.
- SANTOS CIFUENTES: *Código civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, dirigido por Belluscio, t. IV, Buenos Aires, 1982.
- SCOGNAMIGLIO: *Contratti in generale*, en *Commentario del Codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, libro 4.º, *Obbligazioni*, Bologna-Roma, 1970.
- SCHMIDT: *Gesellschaftsrecht*, 2.ª ed., München, 1991.
- SCHRAMM: «Comentario al parágrafo 167 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, t. I, 3.ª ed., München, 1993.

## ■ LA FORMA DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL

- SERRA DOMÍNGUEZ: «Comentario a los artículos 1.214 a 1.215 C.c.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Albaladejo, t. XVI, 2.º, Madrid, 1981.
- SERRANO ALONSO: «Comentario a los artículos 1.863 a 1.874 C.c.» en *Comentario del Código civil* (Ministerio de Justicia), t. II, Madrid, 1991.
- *La confirmación de los negocios jurídicos*, Madrid, 1976.
- SIMLER y DELEBECQUE: *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, París, 1989.
- SOTGIA: Voz «Cessione di crediti e di altri diritti» (Dir. civile), en *Novissimo Digesto italiano*, t. III.
- SPECIALE: *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Varese, 1990.
- STOLFI: *Teoría del negocio jurídico*, trad. y notas por Santos Briz, Madrid, 1959.
- *Diritto civile*, I, *Parte seconda, Il negozio giuridico e l'azione*, Torino, 1931.
  - «Scrittura con data certa e costituzione di pegno», en *Banca, Borsa e titoli di credito*, 1951, II.
  - «Appunti sulla costituzione del pegno», en *Studi di Diritto privato*, Milano, 1980.
- TALAMANCA: Voz «Società» (Dir. rom.), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XLII.
- TARUFFO: «Comentario a los artículos 2.721 a 2.739 C.c.», en *Commentario al Codice civile*, dirigido por Cendon, t. VI, Torino, 1991.
- THIELE y THIELE: «Comentario al parágrafo 1.410 B.G.B.», en *Staudingers Kommentar zum B.G.B.*, t. IV, Berlín, 1985.
- TILOCCA: «Recensione a Casulli. Donazione indirette e rinunzie ad eredità o legati», en *Riv. trim. di Dir. e proc. civile*, 1955.
- TORRENT: *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza, 1987.
- TORRENTE: «La donazione», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, dirigido por Cicu y Mes-sineo, t. XXII.
- TRABUCCHI: *Instituciones de Derecho civil*, t. I, y t. II, trad. de la 15.ª ed. italiana anotada por Martínez Calcerrada, Madrid, 1967.
- TRIFONE: *Enfiteusi*, en *Commentario del Codice civile*, dirigido por Scialoja y Branca, libro tercero, *Proprietà*, Bologna-Roma, 1978.
- TROPLONG: *Le Droit civil expliqué, Des donations entre-vifs et des testaments*, t. III, París, 1855.
- *Le Droit...*, *Des privilèges et hypothèques*, t. II, París, 1838.
  - *Le Droit...*, *Du contrat du société civil e commerciale*, t. I, París, 1843.
  - *Le Droit...*, *Du nantissement, Du gage et de l'antichrèse*, París, 1847.
  - *Le Droit...*, *De la vente*, París, 1837.
  - *Le Droit...*, *Du contrat de mariage et des droits respectifs des époux*, t. I, 3.ª ed., París, 1857.
- ULMER: «Comentario a los parágrafos 705 a 740 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, Band. 3, 2. Halband, München, 1980.
- URÍA: *Derecho mercantil*, 17.ª ed., Madrid, 1990.
- VACCARI: Voz «Donazione» (Dir. intermedio), en *Novissimo Digesto italiano*, t. VI.
- Voz «Enfiteusi» (Storia), en *Enciclopedia del Diritto*, t. XIV.
- VALENTE: *L'intestazione di beni sotto nome altrui (concetto, natura, estensione ed effetti)*, Milano, 1958.
- VALLET DE GOYTISOLO: «Las donaciones de inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *ADC*, 1972, t. XXV.
- «¿Son posibles en el Código civil las donaciones promisorias?», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978.
- VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, t. II, t. III y t. IV, 4.ª ed., Valladolid, 1936 y 1913.

- VÁZQUEZ BOTE: «Sobre el artículo 1.279 C.c.», en *RGLJ*, 1970, t. LXI.
- *Derecho civil de Puerto Rico*, t. I, 2.º, *Parte general*, con colaboración de Puig Brutau y De Angulo, San Juan P.R., 1972.
- VENZI: *Manuale di Diritto civile italiano*, 4.ª ed., Torino, 1929.
- VICENT CHULIÁ: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. I, 2.ª ed., Barcelona, 1986.
- VILLAR PALASÍ: *La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos*, Madrid, 1975.
- VIÑAS MEY: *Derecho civil español*, t. II, *Derecho de obligaciones*, Madrid, 1926.
- «La prenda irregular», en *RDP*, 1925, t. XII.
- «El Derecho de retención», en *RDP*, 1922.
- VISO: *Lecciones elementales de Derecho civil*, t. II y t. III, 6.ª ed. rev. por Salom y Puig, Valencia, 1889.
- VITALI: *Delle donazioni*, en *Il Diritto civile italiano* dirigido por Fiore y Brugi, 2.ª ed., Napoli-Torino, 1925.
- VITUCCI: «Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni», en *Studi in onore di Giorgianni*, Napoli-Roma, 1988.
- VOLTERRA: *Instituciones de Derecho privado romano*, Madrid, 1986.
- VON THUR: *Derecho civil*, II, 2.º, *Los hechos jurídicos, el negocio jurídico*, trad. Argentina, Buenos Aires, 1947.
- WACKE: «Comentario a los párrafos 873 a 902 B.G.B.», en *Münchener Kommentar zum B.G.B.*, t. IV, München, 1981.
- WEBER: *Sicherungsgeschäfte*, 3.ª ed., München, 1986.
- WEILL: *Droit civil, Les biens*, 2.ª ed., París, 1974.
- WEILL y TERRÉ: *Droit civil, Les obligations*, 3.ª ed., París, 1980.
- WESTERMANN: *Sachenrecht*, t. I, *Grundlagen und Recht des beweglichen Sachen*, 6.ª ed., por Westermann, Gursky y Pinger, Heidelberg, 1990.
- *Sachenrecht*, t. II, *Immobiliarsachenrecht*, 6.ª ed., por Eickmann y Pinger, Heidelberg, 1988.
- WIEGAND: «Comentario a los párrafos 1.204 a 1.258 B.G.B.», en *Staudingers kommentar zum B.G.B.*, t. III, 12.ª ed., Berlín, 1981.
- WINSCHIED: *Diritto delle pandette*, vol. 2.º, trad. por Fadda y Bensa, Torino, 1930.
- ZACCAGNINI y PALATIELLO: *Enfiteusi, superficie, oneri reali*, Napoli, 1984.
- ZANNONI: *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Buenos Aires, 1986.